



Concurso real de delitos

Se ha enervado la presunción de inocencia con suficiente prueba actuada en el proceso, no se advierten vulneraciones de carácter procesal y, al encontrarse debidamente motivada, la decisión de condena debe mantenerse. De otro lado, al presentar la conducta del sentenciado los presupuestos de un concurso real de delitos, la pena debe ser incrementada en aplicación del Acuerdo Plenario número 4-2009/CJ-116.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil veinte

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del acusado **Cristian Raúl Espinoza Ortiz** y por el **fiscal superior** contra la sentencia emitida el doce de septiembre de dos mil diecinueve por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado, en agravio de Romina Buso Alemán, Miluska von der Heyde Melgarejo y Grace Marjorie Falshaw Desulovich, y le impuso doce años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 3000 (tres mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil que deberá abonar a cada una de las agraviadas, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

1.1. Agravios del acusado Espinoza Ortiz

- La imputación se sustenta únicamente en las manifestaciones policiales, las actas de reconocimiento de persona en rueda y el acta de incautación policial.
- Las actas formuladas en etapa preliminar constituyen prueba prohibida y deben ser excluidas del acervo probatorio porque en el acta de información de derechos del detenido no se señala la hora; el acta de intervención



policial no menciona la cantidad de ocupantes de la motocicleta; en el acta de registro personal se observan diferentes puños ortográficos en la escritura de la hora de inicio y cierre del documento policial, y el color de la tinta del lapicero es más intenso (debe realizarse una pericia grafotécnica); no se indica el lugar donde se ha levantado el documento, solo el distrito; no se indica el motivo de la detención; no participó el fiscal pese a que se encontraba en sede policial conforme al acta de información de derechos; no se incautó el celular hallado al acusado; en las actas de registro vehicular y de intervención domiciliaria no participó el fiscal, y en el acta de situación vehicular no se indica el lugar donde se levantó, solo se señala el distrito.

- Los actos de investigación que no fueron motivados por el Colegiado, referentes a la visualización del video de la intervención y el acta de incautación de motocicleta, evidencian la violación del derecho de defensa.
- No se debatieron las contradicciones en las manifestaciones de las agraviadas respecto a las características físicas del acusado; tampoco acreditaron la preexistencia de los bienes sustraídos. No se valoró el reconocimiento en rueda ni las declaraciones de los testigos de parte.
- El acusado no participó en los hechos, sino que le prestó la motocicleta a Walter Pablo Berrocal León, quien tiene rasgos físicos similares.
- La intervención policial se debió a la última ubicación del GPS del celular de la agraviada Buso Alemán en el jirón Benito Juárez; sin embargo, el lugar de la intervención es aproximadamente a cuatro cuadras y no se realizó la prueba de absorción atómica al acusado que pruebe que portaba un arma de fuego.
- Se vulneró el derecho de la motivación de las resoluciones judiciales, no se absolvió los alegatos de defensa y no contó con abogado de oficio en sede policial; además, existen contradicciones en las declaraciones de los efectivos policiales intervinientes respecto a la forma y circunstancia de la intervención. Se cuestionó la credibilidad del acusado valiéndose de su propia



contradicción con una declaración previa y eso es ilegítimo.

1.2. Agravios del fiscal

- Interpone su recurso en el extremo de la pena impuesta. Señala que esta es la mínima, por lo que deberá incrementarse, puesto que el acusado tuvo participación directa en la amenaza y violencia perpetrada en contra de las agraviadas.
- El sentenciado tuvo dominio del hecho y se llevó consigo los bienes de las agraviadas.
- Se acreditaron las circunstancias agravantes de usar arma de fuego y con el concurso de dos o más personas.

Segundo. Contenido de la acusación

2.1. Se le imputó al recurrente que el siete de diciembre de dos mil dieciocho, a las 19:00 horas, en circunstancias en que la agraviada Romina Buso Alemán se encontraba conduciendo su vehículo a la altura de la cuadra cuatro de la calle Gozzoli del distrito de San Borja, apareció sorpresivamente el procesado provisto de un arma de fuego, quien la apuntó, la amenazó y la obligó a entregar su teléfono celular Apple, modelo iPhone, de color negro, valorizado en S/ 4500 (cuatro mil quinientos soles). Al momento de arrebatarse su cartera, apareció un vehículo de serenazgo y el procesado se dio a la fuga; logró subir en una motocicleta lineal de color negro que lo esperaba a pocos metros, que era conducida por otro sujeto. Posteriormente, la agraviada comenzó a rastrear por GPS la ubicación de su celular con el móvil de su madre y se percató de que la última ubicación de dicho objeto era en el jirón Benito Juárez, urbanización Villa Victoria. Al trasladarse a dicho lugar, se dio con la sorpresa de que un gran número de efectivos policiales habían aprehendido al procesado, a quien logró reconocer plenamente como el autor del robo del cual fue víctima.

2.2. El mismo día las agraviadas Miluska von der Heyde Melgarejo y Grace Marjorie Falshaw Desulovich se hicieron presentes en las instalaciones de la comisaría de Surquillo para poner en conocimiento de que minutos antes también habían sido



víctimas de robo agravado por parte de dos sujetos que se desplazaban en una motocicleta lineal de color negro, marca Honda, sin placa de rodaje, y ambas agraviadas reconocieron plenamente al procesado como el autor material del hecho en su agravio y al vehículo con el cual el intervenido se dio a la fuga. Este hecho ocurrió el mismo día a las 20:30 horas, aproximadamente, en circunstancias en que las agraviadas se encontraban caminando a la altura de la intersección de las calles Las Águilas y Canarias, cuando apareció el procesado por la parte posterior apuntándoles con un arma de fuego a la altura de la cabeza, con la cual las intimidó, y les arrebató sus pertenencias. En ese momento apareció una motocicleta de color negro conducida por otra persona, con la que huyeron con dirección a Domingo Orué y fueron auxiliadas por una señora desconocida. Posteriormente llamaron a serenazgo, quien las recogió y tomaron conocimiento de que habían intervenido a una persona de las mismas características; allí pudieron reconocer al procesado como el autor del robo de sus bienes, conforme se corrobora con las actas de reconocimiento físico en rueda.

Tercero. Calificación jurídica

La conducta del acusado se encuentra tipificada en el artículo 188 concordante con el artículo 189.2, 3 y 4 del Código Penal, que sanciona con una pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años. El representante del Ministerio Público en su acusación solicitó que se le imponga una pena de **diecisiete años** de privación de libertad.

Cuarto. Fundamentos de la sentencia impugnada

4.1. La Sala Superior, al realizar el análisis de los medios probatorios copiados en todo el proceso, ha llegado a acreditar la materialidad del delito con las declaraciones de las agraviadas en dos hechos distintos y con la declaración preliminar del policía interviniente, las cuales coinciden en sus versiones y fueron prestadas en presencia del representante del Ministerio Público. Las primeras pusieron el hecho en conocimiento de las autoridades, y se rastrearon uno de los celulares robados a



través del GPS con el celular de la madre de la agraviada Buso Alemán; mientras que el personal policial fue alertado de la comisión del ilícito por parte de una moto lineal de color negro con dos personas a bordo, con el uso de armas de fuego.

- 4.2. La Sala aplicó los lineamientos del Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, por el cual se vincula al procesado con el delito, por lo que estando a las primeras referencias que fueron aportadas por la agraviada Romina Buso Alemán, así como las características físicas brindadas por las agraviadas Miluska von der Heyde y Grace Falshaw, que cuentan con **verosimilitud**, estas coincidieron respecto al uso de arma, las características físicas del procesado, su vestimenta, el vehículo en el que se dio a la fuga y la descripción de este; asimismo, fueron corroboradas con las testimoniales de los efectivos policiales José Giancarlo Pajuelo Balcázar y Jair Erick López Mori, quienes observaron al acusado circular con una moto lineal de color negro, sin placa de rodaje, por la zona que irradiaba el GPS, intentando guardar rápidamente el vehículo menor en su domicilio para luego subir al tercer piso y evitar su intervención.
- 4.3. La información irradiada a través de la Central de Emergencia 105; mientras que, por otro lado, se tiene que el acusado varió su versión, pues preliminarmente rindió en presencia de su abogado y del fiscal, y varió su versión en la instructiva y en juicio oral, por lo que es de aplicación la ejecutoria suprema vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número 3044-2004, del primero de diciembre de dos mil cuatro, y mantiene su valor probatorio su declaración primigenia.
- 4.4. Respecto a las declaraciones de los testigos de parte Wilmer Armando Rojas Ojeda y Sandy Romina Suárez León, el primero le resta valor acreditativo a su testimonio, por lo que debe ser desestimado, y la segunda no aporta información relevante sobre los hechos.
- 4.5. Referente a la **ausencia de incredibilidad subjetiva**, el acusado dijo que las agraviadas fueron inducidas por los policías; sin embargo, aquellas no conocen al procesado y no existen elementos que determinen que la intervención policial se encontró motivada por sentimientos de rencor.



- 4.6.** De otro lado, la preexistencia de los bienes despojados debe ser acreditada; sin embargo, el celular sustraído a la agraviada Buso Alemán fue un elemento principal para lograr la intervención del acusado al haber sido objeto de rastreo por GPS, lo que permite inferir que, como hubo un segundo sujeto, este se bajó de la moto, apagó el GPS y así los celulares sustraídos y se retiró con rumbo desconocido; el acusado continuó su camino con dirección a su domicilio para guardar la moto y fue observado por los efectivos policiales que estaban cercando el perímetro de la zona que irradió la Central de Emergencia 105.
- 4.7.** En cuanto a la exigencia referida a la **persistencia en la incriminación**, se cumple pese a que las víctimas no concurrieron a juicio oral; sin embargo, luego de prestar su declaración policial, ellas persistieron en su sindicación a través de las actas de reconocimiento físico en rueda y fueron firmes en identificar al procesado no solo por los rasgos físicos, sino también por la vestimenta que llevaba puesta.
- 4.8.** Por su parte, el acusado ha variado su versión y ha incurrido en contradicciones.

Quinto. Opinión del fiscal supremo

Conforme al Dictamen número 380-2020-MP-FN-SFSP, el señor fiscal supremo en lo penal opina porque se declare no haber nulidad en la sentencia de alzada en cuanto a la condena y haber nulidad en el extremo de la pena y que, reformándola, se le impongan diecisiete años de privación de libertad.

Sexto. Fundamentos del Tribunal Supremo

- 6.1.** De todo el material probatorio acopiado en autos se ha llegado a acreditar suficientemente la responsabilidad del acusado. La Sala Superior realizó una debida valoración de los hechos y las pruebas actuados en el proceso, y llegó a una decisión de condena conforme a la imputación fiscal.
- 6.2.** Los argumentos de defensa del acusado se dirigen en tres sentidos: la prueba prohibida, la valoración probatoria y la preexistencia de los bienes sustraídos.



- 6.3.** Conforme se ha determinado en la jurisprudencia¹, la existencia de una prueba irregular no implica necesariamente que se excluyan las pruebas actuadas posteriormente; por ello, lo relevante es la intensidad de la afectación del derecho fundamental. La sola inobservancia de una norma procesal no implica que se descarten los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.
- 6.4.** Para ello se debe considerar que al acusado se le imputan dos hechos con el uso de arma de fuego, en compañía de una segunda persona y a bordo de una moto lineal sin placa de rodaje, luego de que en el distrito de San Borja, a las 19:00 horas, perpetró el robo en agravio de Romina Buso, habiendo esta dado parte a la policía; se trasladó a Surquillo (distritos colindantes) y a las 20:30 horas cometió el robo en agravio de Von der Heyde y Falshaw Desulovich, por lo que tras ser alertados por la Central de Emergencia 105 del primer robo y al habérseles dado las características físicas del presunto responsable, así como de la moto lineal y de la ubicación del GPS del celular de la primera agraviada, los efectivos policiales lo intervinieron a pocas cuadras de la última ubicación de este dispositivo, a las 21:15 horas, esto es, a dos horas del primer hecho y a cuarenta y cinco minutos del segundo, lo cual relieves la flagrancia presunta, donde no es necesaria la presencia de abogado ni de fiscal, ni que al no haber suscrito este último las actas policiales la convierte en prueba ilícita.
- 6.5.** Asimismo, referente a las actas policiales de lectura de derechos, intervención policial, registro personal, registro vehicular, situación vehicular y verificación domiciliaria, aun cuando no se indica el lugar donde se elaboraron, en el atestado policial y en la misma acta de intervención se consigna que fue en la dependencia policial de Surquillo. De otro lado, no es requisito para su validez que se levante el acta en el lugar de la intervención en razón de que por la naturaleza misma de la intervención puede permitirse que se levante en la estación policial, esencialmente por razones de seguridad.
- 6.6.** En cuanto a que no se precisó cuántos ocupantes iban en la moto lineal, ello no es una irregularidad por cuanto se precisa

¹ Recurso de Nulidad número 591-2015/Huánuco.



que el procesado, al bajar de la moto, pretendió ingresar a su domicilio; además, el GPS del celular de la agraviada fue apagado a una calle cercana a la intervención, ello de las declaraciones en el plenario por los efectivos policiales intervinientes; y el número de policías no convierte a la intervención en una prueba ilícita. En cuanto al acta de registro personal que tendría diferente puño ortográfico en la hora de inicio o cierre e intensidad diferente de lapicero y de no haberse indicado el motivo de la intervención, el objetivo de dicha acta es la veracidad de los objetos que se le encontraron, habiéndose encontrado un celular, lo que fue admitido por el acusado. En suma, los cuestionamientos a las actas policiales carecen de mérito y deben ser desestimados.

- 6.7.** Sobre la valoración probatoria de los dos hechos, se encuentran acreditados con la declaración preliminar de las tres agraviadas, en presencia del fiscal, por lo que mantienen su valor probatorio; aquellas persistieron en su declaración a través de las actas de reconocimiento físico en rueda, las que coincidieron en sus características físicas, el uso del arma de fuego para amenazarlas y de la moto lineal en la que se dio a la fuga en compañía de otro sujeto; además, las zonas de los robos son aledañas y el tiempo entre uno y otro hecho coincide; asimismo, dado que el celular de la primera agraviada contaba con GPS, se pudo dar con el paradero del acusado, quien bajaba de la motocicleta que sirvió para darse a la fuga de las escenas de los eventos delictivos, y pretendió huir subiendo a la vivienda en la que entró, conforme a las declaraciones de los efectivos policiales que concurrieron al plenario.
- 6.8.** Aun cuando a las agraviadas, al momento de prestar su declaración preliminar, ya se les había puesto a la vista al detenido, todas ellas fueron enfáticas y sin lugar a dudas lo reconocieron plenamente por sus rasgos físicos y por su vestimenta, que era la misma entre uno y otro hecho, y la misma que llevaba puesta al momento de la intervención, por lo que la credibilidad de dichos reconocimientos no se ve mermada de validez.



- 6.9.** En cuanto a que no se tuvo en cuenta el acta de visualización de la intervención, no es así porque allí se ve a varios policías, los cuales fueron llamados por los intervinientes, pero en ningún momento se evidencia algún abuso de autoridad que vulnere su derecho a la defensa, pues del certificado médico legal no se registra ninguna afectación.
- 6.10.** De otro lado, no se advierte que las declaraciones de los testigos de parte favorezcan su tesis exculpatoria por cuanto no corroboran su declaración, que por cierto se torna contradictoria y con falta de uniformidad; así, carece de sustento su versión.
- 6.11.** Asimismo, pese a que el acusado ha negado los hechos y, por el contrario, ha responsabilizado a Walter Pablo Berrocal León, quien viene a ser sobrino de su tío, no hay prueba que acredite ello.
- 6.12.** Y, en cuanto a la preexistencia de los bienes sustraídos, se trata, según la descripción de las agraviadas, de bienes de uso personal y, por tanto, razonadamente factibles de que cualquier persona pueda poseerlos: teléfonos celulares, documentos, billeteras, carteras, etc. Por ende, su probanza no es exigible, pues basta la referencia de la víctima, y por costumbre y experiencia se determina su factibilidad.
- 6.13.** Por lo tanto, lo resuelto por la Sala Superior se encuentra con arreglo a ley, pues valoró el conjunto de las pruebas de cargo y de descargo, desvaneciéndose así el derecho a la presunción de inocencia que asiste al acusado con suficiente material probatorio actuado a través de todo el proceso con todas las garantías de ley. En consecuencia, lo resuelto por la Sala Superior debe mantenerse.

Séptimo. Determinación de la pena

- 7.1.** Por Ley número 30076², 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.

² Publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece.



- 7.2.** El citado artículo 45-A del Código Penal ha incorporado etapas para determinar la pena aplicable. Establece 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.
- 7.3.** En este caso, por sus calidades personas y al solo existir una causal de atenuación, que es la carencia de antecedentes penales, corresponde ubicar la pena en el tercio inferior; sin embargo, la Sala no ha tenido en cuenta que el procesado cometió dos delitos: el robo perpetrado en el distrito de San Borja en agravio de Romina Buso y el perpetrado en agravio de las otras dos mujeres en el distrito de Surquillo, por lo que se debe tener en cuenta que, pese a no haber sido invocado por el fiscal ni por la Sala, se produjo un concurso real de delitos y el determinar la pena bajo dicha regla establecida en el artículo 50 del Código Penal de ninguna manera causa indefensión ni infringe principio ni garantía procesal alguna, conforme al Acuerdo Plenario número 4-2009/CJ-116, por lo que corresponde su aplicación.
- 7.4.** Así, se determinará la pena para cada uno de los hechos para luego proceder a una sumatoria; sin embargo, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y a que el representante del Ministerio Público, tanto en su acusación escrita como en su recurso de nulidad, solicita que se le imponga al acusado una pena acorde con los principios citados, se le incrementará en atención a lo indicado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON:**

- I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia emitida el doce de septiembre de dos mil diecinueve por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, que



condenó a **Cristian Raúl Espinoza Ortiz** como autor del delito contra el patrimonio-robo agravado, en agravio de Romina Buso Alemán, Miluska von der Heyde Melgarejo y Grace Marjorie Falshaw Desulovich, y fijó en S/ 3000 (tres mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil que deberá abonar a cada una de las agraviadas.

- II. **HABER NULIDAD** en el extremo en el que le impuso doce años de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLO**, le **IMPUSIERON** diecisiete años de pena privativa de libertad, que computada desde el siete de diciembre de dos mil dieciocho vencerá el seis de diciembre de dos mil treinta y cinco, y **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene.
- III. **DISPUSIERON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

IASV/gmls