

VARIACIÓN DEL TÍTULO DE INTERVENCIÓN DELICTUAL

La instigación es una institución dogmática distinta a la autoría y coautoría. La instigación supone determinar a otro a la comisión de un hecho delictivo; cuya conducta reprochable penalmente “es haber puesto a disposición del autor razones de peso para tomar una decisión criminal”; dado que solo dependerá del autor la ejecución y/o consumación delictual. De otro lado, tanto la autoría [inmediata] y la coautoría son formas de autoría; en cuyos supuestos existe dominio sobre el desarrollo de la conducta criminal (dominio del hecho).

Así pues, la variación de autoría o coautoría como título de intervención, al de instigación, no constituye un acto procesal irrelevante que haya sido la consecuencia de una simple apreciación del error del Ministerio Público al momento de calificar jurídicamente la conducta del imputado. Tampoco beneficia al imputado. Son institutos materiales disímiles que exigen ser sometidos al contradictorio y que se otorgue la posibilidad del ofrecimiento de nueva prueba al procesado, con la finalidad de tutelar su derecho de defensa, como manifestación de un debido proceso. Era necesario pues, correr traslado del planteamiento del Tribunal Superior para, de ese modo, generar un debate sustancial sobre el título de intervención, dado que únicamente sobre la base de un correcto ejercicio de defensa, puede determinarse la responsabilidad penal de un procesado.

Lima, veintidós de junio de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado ANDRÉS PORRAS HIPÓLITO, contra la sentencia del 24 de abril de 2019 emitida por de la Cuarta 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, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de Luis Alberto Avendaño Núñez, a 25 años de pena privativa de la libertad; y fijó en 10 000 soles el monto de la reparación civil que deberá abonar solidariamente con los ya sentenciados.

Con lo expuesto por el fiscal supremo en lo penal.
Ponencia de la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. Según la acusación fiscal¹, el marco fáctico de imputación del presente proceso es el siguiente:

El 7 de enero de 2012, a las 3:00 horas aproximadamente, el agraviado [Luis Alberto Avendaño Núñez] se encontraba en un vehículo menor, efectuando servicio de transporte a Jennifer Alexis Cordero Paulino, por intermediaciones del asentamiento humano Las Brisas de Villa – Santiago de Surco. Al llegar a la altura

de la manzana O, lote 12, el imputado Andrés Porras Hipólito vociferó: “Allí pasa ese cagón que correteó a mi causa Tiburón”, lo que motivó que Michael Christian Rivas Rivas corriera hasta alcanzar al agraviado y le propinara un puñete en el rostro.

Acto seguido, con ayuda de los imputados Yeltsin Stalin Alvarado Sanabria, Ricardo Quiquinlla Salvador y el sujeto conocido como “Chato Carlos”, voltearon el automotor. En esos momentos, Rivas Rivas procedió a golpear con piedras la cabeza y el rostro del agraviado; mientras Alvarado Sanabria hizo lo propio con patadas y piedras, lo que originó que la víctima quedara inconsciente.

En dichas circunstancias, se apoderaron del canguro, en cuyo interior se encontraba una billetera que contenía la suma de S/ 250. De la misma forma, Alvarado Sanabria y Quiquinlla Salvador, luego de romper el automotor y apoderarse del autorradio y tanque de gasolina, se dieron a la fuga, dejando al agraviado tendido en el pavimento.

Por estos hechos, el representante del Ministerio Público, le atribuyó ser uno de los autores del delito de robo agravado —previsto en el artículo 188 del Código Penal, concordante con los numerales 2, 3, 4 y 8 del primer párrafo, así como con el inciso 1, del segundo párrafo, del artículo 189—, en perjuicio de Luis Alberto Avendaño Núñez.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

2. El Tribunal Superior emitió sentencia condenatoria¹ sobre la base de los argumentos siguientes:

- 2.1. Dada la reiterada negativa del imputado de haber tenido participación en el presente ilícito penal, es necesario considerar las pautas establecidas en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, para otorgar el justo valor probatorio a las declaraciones de coacusados, testigos o agraviados.
- 2.2. Tanto el imputado Porras Hipólito como el agraviado refirieron no tener ningún grado de amistad o enemistad. Por tanto, no hay indicio que acredite alguna relación basada en odio, resentimiento o enemistad.
- 2.3. El hoy sentenciado Ricardo Quiquinlla Salvador, en los debates orales como testigo impropio declaró que cuando libaban licor vio que apareció el agraviado y que no sabe por qué lo interceptaron. Este imputado se acogió a la conclusión anticipada, al igual que el hoy sentenciado Michael Christian Rivas Rivas.

De otro lado, el sentenciado Yeltsin Stalin Alvarado Sanabria, en su interrogatorio realizado en la sesión de juicio oral del 21 de junio de 2017, relató que conoce a Andrés Porras Hipólito (Javicho) desde el jardín. También

precisó que “Javicho y Jordi se fueron a comprar más licor y se dieron cuenta que estaba estacionado la moto del agraviado, quien le había pegado al otro pata (Tiburón) con quien tenía una rencilla, y uno de sus amigos Javicho gritó ahí está el cagón (...) Michael se da cuenta baja a toda velocidad, la moto acelera, él sube y se atasca y Michael sube y golpea a la persona”.

- 2.4. La incriminación en contra de Porras Hipólito se sustenta en la sindicación del agraviado, aunque el imputado niega la comisión del ilícito. Sin embargo, la víctima fue enfática y persistente, uniforme y coherente en el relato sobre la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos, aun cuando hay ciertos matices en la forma, mas no sobre el fondo de los hechos.
- 2.5. La versión del agraviado se corrobora con las declaraciones de los testigos presenciales Jennifer Alexis Cordero Paulino y Roxana Janet Hilario Condori.
- 2.6. El imputado Porras Hipólito incurrió en varias contradicciones al declarar sobre los hechos.
- 2.7. Se acreditó, con prueba personal, la preexistencia del dinero (250 soles), el tanque del motor de su moto, dos parlantes y un autorradio, los cuales estaban en poder del agraviado.
- 2.8. Se empleó violencia contra la víctima. La conducta se realizó durante la noche (madrugada), a mano armada (piedras), con pluralidad de agentes sobre vehículo automotor y se ocasionaron lesiones al agraviado.
- 2.9. Si bien la Fiscalía atribuyó a Andrés Porras Hipólito responsabilidad penal en calidad de coautor, se ha establecido que la conducta es como instigador, al ser la persona que habría determinado a sus coprocesados a cometer el hecho denunciado.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. El recurrente asistió al acto de lectura de sentencia, acaecido el 24 de abril de 2019¹, acompañado de su defensa técnica (abogado Vladimir Carlos Villanueva), en cuyo acto interpuso recurso de nulidad. Luego, el 2 de mayo de 2019¹, el mismo abogado suscribió el escrito mediante el cual presentó los fundamentos del recurso promovido en mención —este fue expresamente concedido mediante la resolución del 9 de mayo de 2019¹—. En lo central, sostuvo lo siguiente:

- 3.1. Se ha distorsionado las declaraciones de testigos y cosentenciados, pues de ellas se desprende que no ha participado en los hechos incriminados. Ninguno de los testigos ni cosentenciados refiere que, antes de ocurridos los hechos, se haya hablado del agraviado o de la posibilidad de la comisión de un delictivo en su perjuicio. Tampoco que el recurrente haya dado una orden. No puede ser reprochado penalmente ni como coautor ni como instigador.

3.2. En la acusación fiscal escrita y oral, así como en la requisitoria oral, se acusó al imputado Porras Hipólito como coautor de los hechos atribuidos, mas no como instigador. En ningún momento la acusación refirió a la dación de una orden, cuya circunstancia se ha introducido sorpresivamente. Tampoco concurren los requisitos para determinar la instigación.

4. El mismo día de presentación de la fundamentación del citado recurso (2 de mayo de 2019), el imputado presentó un escrito¹ (con su firma y huella digital) designando como su abogado defensor a Idelfonso Paredes Morante, subrogando a su defensa técnica anterior y variando su domicilio procesal. Luego, el 7 de mayo de 2019¹, dentro del plazo de ley, el citado abogado y otros, suscribieron y presentaron un escrito fundamentando su pretensión de nulidad. Ambos escritos señalados previamente no fueron proveídos por la Sala Superior y, el fiscal supremo en lo penal, tampoco se pronunció sobre la fundamentación del recurso de nulidad presentado el 7 de mayo de 2019. Sin embargo, en aras de tutelar los derechos al debido proceso y tutela judicial efectiva del recurrente, este Tribunal señala que los reclamos allí planteados, en lo medular, son los siguientes:

- 4.1.** No se ha tenido en cuenta la carencia de objetividad y duda razonable respecto a la comisión del ilícito penal. No se le encontró en flagrancia delictiva.
- 4.2.** Ha negado su responsabilidad penal, de manera uniforme y coherente.
- 4.3.** El hecho de que el agraviado lo conozca, no significa que sea responsable de los hechos. Además, no lo conocen como “Javicho”.
- 4.4.** El titular de la acción penal no ofreció la declaración en juicio oral del agraviado, a efecto que se practique una confrontación.
- 4.5.** Nunca ha tenido problemas con la justicia. Es reo primario.
- 4.6.** No está de acuerdo con la reparación civil, dado que hay duda razonable e insuficiencia probatoria.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO

5. Los hechos atribuidos fueron calificados como delito de robo agravado, previsto en el artículo 188 del Código Penal —modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 27472, publicada el 5 de junio de 2001—, concordante con los numerales 2, 3, 4 y 8 del primer párrafo, así como con el inciso 1, del segundo párrafo, del artículo 189 —modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29407, publicada el 18 de septiembre de 2009—, que prescriben:

Artículo 188. Robo

El 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 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: [...] **2.** Durante la noche o en lugar desolado; **3.** A mano armada. **4.** Con el concurso de dos o más personas [...] **8.** Sobre vehículo automotor.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido: **1.** Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima [...].

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

6. En línea de principio, este Tribunal Supremo tiene delimitada su competencia a los puntos materia de impugnación. Sin embargo, es pertinente tener en cuenta que el artículo 298.1 del Código de Procedimientos Penales, faculta a la Corte Suprema a declarar la nulidad cuando en la sustanciación de la instrucción o en la del proceso de juzgamiento se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la ley procesal penal.

7. El artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

1. La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283.

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso —si resultara pertinente y necesario— a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267.

3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad.

4. En la condena, la Sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta

8. Dicho dispositivo normativo incide en el principio de congruencia procesal que debe existir entre lo postulado por el titular de la acción penal —incluido lo precisado en la acusación complementaria— y lo resuelto por los órganos jurisdiccionales de juzgamiento. Pero ello no implica que el Tribunal no pueda de oficio, y en atención al principio de contradicción y de defensa, plantear tesis de desvinculación procesal: bien por la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, por la tipificación del hecho punible o por el título de intervención de los procesados.

En estos supuestos, se “exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba” [Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116, FJ 11].

9. Pues bien, analizando el caso que nos ocupa en atención al reclamo señalado en el apartado 3.2 de la presente ejecutoria suprema, se advierte que en la acusación escrita se atribuyó al hoy recurrente Porras Hipólito ser uno de los “autores” del delito de robo agravado —previsto en el artículo 188 del Código Penal, concordante con los numerales 2, 3, 4 y 8 del primer párrafo, así como con el inciso 1, del segundo párrafo, del artículo 189—, en perjuicio de Luis Alberto Avendaño Núñez.

10. Posteriormente, en la sesión 1 de juicio oral del 3 de abril de 2019¹, el director de debates concedió el uso de la palabra al titular de la acción penal para la exposición sucinta de la acusación. Aunque en el acta respectiva no obra la transcripción de la acusación oral, no se dejó constancia de alguna modificación o precisión de los términos de la acusación escrita.

11. Luego, en la sesión número 3¹ de juicio oral, del 17 de abril de 2019, el representante del Ministerio Público formuló su requisitoria oral y precisó que la responsabilidad del recurrente, a título de “autor” del delito de robo agravado, quedó acreditada con los medios de prueba actuados. En la misma sesión, la defensa técnica formuló sus respectivos alegatos y, en la siguiente sesión, del 24 de abril de 2019, el recurrente ejerció su defensa material. Acto seguido, se dio lectura a la sentencia que hoy es materia de impugnación.

12. En la sentencia de alzada, en el fundamento 15 se precisó que, si bien la Fiscalía atribuyó a Andrés Porras Hipólito responsabilidad penal en calidad de coautor, se ha establecido que la conducta es a título de instigador, al ser la persona que habría determinado a sus coprocesados a cometer el hecho denunciado.

13. De lo expuesto, se verifica que, durante los debates orales, no existió un planteamiento de desvinculación procesal respecto del título de intervención delictiva del recurrente. Si bien es cierto que inicialmente se le atribuyó ser “autor”, pero de cuyos hechos postulados por el titular de la acción penal (objeto del contradictorio) se reflejaría claramente coautoría, no sucede lo mismo respecto a ser instigador.

14. Cabe recordar que la instigación es una institución dogmática distinta a la autoría y coautoría. La instigación supone determinar a otro a la comisión de un hecho delictivo; cuya conducta reprochable penalmente “es haber puesto a disposición del autor razones de peso para tomar una decisión criminal” [GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Lima: Ideas Soluciones Editorial, 2019, p. 774]; dado que solo dependerá del autor la ejecución y/o consumación

delictual. De otro lado, tanto la autoría [inmediata] y la coautoría son formas de autoría; en cuyos supuestos existe dominio sobre el desarrollo de la conducta criminal (dominio del hecho).

15. Así pues, la variación de autoría o coautoría como título de intervención, al de instigación, no constituye un acto procesal irrelevante que haya sido la consecuencia de una simple apreciación del error del Ministerio Público al momento de calificar jurídicamente la conducta del imputado. Tampoco beneficia al imputado. Son institutos materiales disímiles que exigen ser sometidos al contradictorio y que se otorgue la posibilidad del ofrecimiento de nueva prueba al procesado, con la finalidad de tutelar su derecho de defensa, como manifestación de un debido proceso. Era necesario pues, correr traslado del planteamiento del Tribunal Superior para, de ese modo, generar un debate sustancial sobre el título de intervención, dado que únicamente sobre la base de un correcto ejercicio de defensa, puede determinarse la responsabilidad penal de un procesado.

16. De otro lado, el recurrente también ha reclamado que no se ofreció la declaración en juicio oral del agraviado (apartado 4.4 de la presente ejecutoria suprema). Para absolver el reclamo planteado es pertinente destacar que el debido proceso también tutela el derecho a la prueba. El contenido constitucional de este último comprende “el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia” [STC 6712-2005-HC/TC, FJ 15].

El Tribunal Constitucional ha precisado que uno de los supuestos de vulneración al derecho en mención se presenta cuando habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio trascendental y pertinente, ello no es llevado a cabo [STC 03801-2012-PHC/TC, FJ 6].

17. Dicho esto, es necesario precisar que los hoy sentenciados Ricardo Quiquinlla Salvador y Michael Christian Rivas Rivas se acogieron a la conclusión anticipada de juicio oral, por lo que se emitieron las sentencias conformadas del 17 de septiembre de 2013¹ y 9 de junio de 2016¹, respectivamente. Es decir, no existió actividad probatoria alguna para la determinación de su responsabilidad penal.

18. Luego, se sometió a juzgamiento al hoy sentenciado Yeltsin Stalin Alvarado Sanabria, cuyo juicio oral inició el 13 de junio de 2017¹. En dicha sesión de audiencia, entre otros, el representante del Ministerio Público ofreció la declaración del agraviado Luis Alberto Avendaño Núñez. Sin embargo, ante la incomparecencia de la víctima pese a las reiteradas citaciones para asistir a juicio oral, se prescindió de su declaración en la audiencia del 14 de agosto de 2017¹, procediendo a oralizarse su declaración policial, cuya diligencia se practicó sin presencia fiscal.

19. Posteriormente, para efectos del juzgamiento del recurrente, el titular de la acción penal no ofreció la declaración del agraviado Luis Alberto Avendaño Núñez. Tampoco se oralizó su declaración policial ni su preventiva¹. Dado que la víctima constituye fuente de prueba principal, resultaba necesario que se le cite, bajo los apercibimientos de ley, a efectos de que las partes puedan interrogar y/o contrainterrogar sobre el suceso delictivo atribuido.

20. En estas condiciones, este Tribunal Supremo no puede ingresar a analizar el fondo del asunto, por haberse incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 298.1 del Código de Procedimientos Penales. Es de rigor rescindir la sentencia recurrida y disponer que en un nuevo juicio público, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la presente resolución y realizando las diligencias necesarias adicionales para el esclarecimiento de los hechos, en aras de garantizar el derecho a la prueba y el derecho de defensa del recurrente, como manifestación del debido proceso.

21. Es importante precisar que el 10 de julio de 2012, se emitió el auto de inicio de proceso y se decretó mandato de detención en contra del imputado recurrente. Luego, en el auto de enjuiciamiento del 22 de julio de 2013¹, se le declaró reo ausente. En la misma línea, el 17 de septiembre de 2013 se emitió sentencia conformada en contra de Ricardo Quiquinlla Salvador, entre cuyos puntos resolutive se decidió reservar el proceso penal respecto a, entre otros, Andrés Porras Hipólito. Esta decisión fue reiterada en la sentencia conformada del 9 de junio de 2016¹, emitida en contra de Michael Christian Rivas Rivas, y en la sentencia condenatoria del 23 de agosto de 2017¹ expedida en contra de Yeltsin Stalin Alvarado Sanabria.

22. Posteriormente, el recurrente fue capturado el 18 de enero de 2019¹ y, mediante resolución del 21 de enero de 2019¹, dado que subsistía la medida coercitiva de detención, se ordenó su internamiento. Desde el momento de su detención, se encuentra recluido en el establecimiento penitenciario, cumpliendo la condena dictada en primera instancia. En tal sentido, dado que el acusado se encuentra privado de su libertad hasta el día de hoy; debe dictarse su libertad, siempre y cuando no exista otro mandato de prisión en su contra, dispuesto por autoridad competente.

23. Sin embargo, en salvaguarda de que el proceso no sufra dilaciones indebidas, a causa de una posible inconcurrencia a las citaciones que haga la Sala Penal correspondiente, debe dictarse las medidas de aseguramiento personal, previstas en el artículo 288 del Código Procesal Penal, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicarse lo prescrito en el artículo 276 del mencionado cuerpo legal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

- I. Declarar **NULA** la sentencia del 24 de abril de 2019 emitida por de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a ANDRÉS PORRAS HIPÓLITO como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de Luis Alberto Avendaño Núñez, a 25 años de **pena** privativa de la libertad; y fijó en 10 000 soles el monto de la reparación civil que deberá abonar solidariamente con los ya sentenciados.
- II. **ORDENAR** que se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la presente resolución.
- III. **ORDENAR** la inmediata **LIBERTAD** del acusado, siempre y cuando no subsista en su contra, orden o mandato de prisión dispuesto por autoridad competente; y, conforme al artículo 288 del Código Procesal Penal **ESTABLECER**, como reglas de conducta, que el recurrente: **i)** no se comunique con el agraviado y su familia; **ii)** no se ausente del lugar de su residencia, ni varíe su domicilio sin previa comunicación y autorización de la Sala Penal Superior; y, **iii)** se presente al local de la Sala Penal Superior el último día hábil de cada mes, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades, y las veces que se le requiera; bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicarse lo prescrito en el artículo 276 del mencionado cuerpo legal.
- IV. **OFICIAR** vía fax, medio electrónico u otro medio idóneo a la Sala Penal correspondiente, para los fines legales consiguientes; y los devolvieron.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RIOS

PH/ersp