

Tentativa y penalidad

La tentativa constituye una causal de disminución de punibilidad. Por consiguiente, cabe la imposición de una sanción por debajo del mínimo legal.

Lima, veintiuno de febrero de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad¹ interpuesto por **José Luis Elescano Gómez** contra la sentencia del 27 de agosto de 2019² emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín. La cual lo condenó como autor de la tentativa del delito de robo con agravantes en perjuicio de Israel Braulio Bartolo Gerónimo. Como tal le impuso siete años de pena privativa de libertad y el pago de 600,00 soles de reparación civil. Ordenaron su ubicación y captura para el cumplimiento de la sanción.

Intervino como ponente el juez supremo **Prado Saldarriaga**.

FUNDAMENTOS

I. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

Primero. El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante ACPP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios del ordenamiento procesal peruano³. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema (cuya competencia fluye del artículo 15), tal y como lo autoriza el artículo 298 del ACPP.

¹ Folio 724.

² Folio 699.

³ Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN Castro, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley (2014), p. 892.

II. IMPUTACIÓN FÁCTICA

Segundo. Los hechos objeto de proceso ocurrieron el 26 de octubre de 2014 a las 21:00 horas, aproximadamente, cuando el agraviado estaba en su motocicleta (placa de rodaje W72835) estacionado entre los jirones San Martín y Gálvez, en la puerta de la vivienda de su enamorada Luz Rojas Ingaroca. En ese momento llegó el recurrente **José Luis Elescano Gómez** con otro sujeto y sujetó al agraviado por la espalda, lo derribó al suelo y empezó a buscarle las llaves de la moto lineal, pero al no encontrarlas comenzó a darle de patadas en los pies. El timón de la motocicleta estaba bloqueado. Mientras se alejaba observó la presencia de una tercera persona, por lo que entre los tres procedieron a cargar la moto y llevársela con dirección a la bajada del jirón Gálvez. La víctima se dirigió a la comisaría de Jauja para denunciar los hechos y con apoyo de la policía se logró capturar al acusado y sus dos acompañantes.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

Tercero. La defensa⁴ solicita que los hechos se califiquen como tentativa del delito de hurto por lo siguiente:

3.1. Se ha valorado de manera parcializada la única declaración del agraviado Israel Braulio Bartolo Gerónimo, quien no concurrió al juicio oral. En aquella declaración primero señaló que fue abordado en un primer momento por dos personas y seguidamente llegó un tercer sujeto. Más adelante indicó que fue reducido por dos personas y cuando se alejaba recién llegó una tercera persona.

3.2. No se ha tomado en cuenta que ha declarado de manera uniforme que con su amigo sustrajeron la motocicleta que estaba en la calle y no era ocupada por alguna persona. El agraviado recién reconoció el vehículo cuando acudió a la comisaría.

3.3. El agraviado declaró a nivel preliminar que fue a denunciar a la comisaría y salió acompañado de efectivos policiales. Fue así como se produjo su

⁴ Folio 724.

intervención, sin embargo, los policías Javier Oliver Clemente Oré, Ubaldo Roger Infante Olivos y Miguel Ángel Ilizarbe Cueto señalaron en juicio oral que no participaron en ningún operativo con el agraviado.

3.4. La Sala Superior respalda la declaración del agraviado con el contenido del Certificado Médico Legal 001902-2 en el cual se describe una lesión en la pierna derecha que según el médico legista tiene una data no mayor a 24 horas; sin embargo, no se considera que el mencionado documento no reporta alguna otra lesión. Esto no es compatible con la declaración de la víctima de haber sido reducida con violencia, por lo que debería presentar también signos lesivos en otras partes del cuerpo.

3.5. No se cumple con lo establecido en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 porque la víctima solo prestó una declaración, la cual, como se indicó, cuenta con muchas contradicciones.

3.6. Las testimoniales de Kelly Evelyn Mendoza Loayza y Manuel Esteban Hilario acreditan que aquel día su defendido y José Quispe Arzápalo estaban bajo los efectos del alcohol. El acta de registro domiciliario a la vivienda de José Quispe Arzapalo da cuenta de que se hallaron en su interior ocho botellas de cerveza sin contenido.

3.7. El testigo Julio César Canchanya Huaylinos presentó una declaración jurada y luego ratificó en juicio oral que observó cuando su defendido y otra persona se dirigieron bajo los efectos del alcohol a una moto lineal que estaba estacionada y se la llevaron cargando.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO

Cuarto. En el caso de autos está fuera de discusión la existencia de un evento o hecho que atentó contra el patrimonio del agraviado. La problemática versa en si lo cometido se trató de una tentativa de robo con agravantes o de hurto con agravantes. Además, la defensa alega que la única declaración del agraviado no puede ser considerada prueba para acreditar la comisión de la tentativa del delito de robo con agravantes porque, en principio, aquel incurre

en contradicciones y, segundo, se trata de la única declaración no ratificada en instancias posteriores.

Quinto. Es pertinente precisar que en el análisis de una declaración el juzgador puede advertir la existencia de contradicciones. No obstante, ello no significa necesariamente el detrimento o la exclusión del contenido de lo declarado. En estos supuestos adquiere relevancia especial la corroboración periférica del relato.

Sexto. Se aprecia en el caso *sub judice* que el agraviado incurrió en contradicciones, ya que en un inicio señaló que fue abordado por tres personas; luego, en la misma declaración, indicó que inicialmente fueron dos personas y después indicó que, mientras huía, advirtió la presencia de una tercera persona. Al respecto, este Supremo Tribunal considera lo siguiente:

6.1. Tal tergiversación es natural y comprensible en atención a la forma y las circunstancias en las cuales se perpetró el delito (se aplicó violencia). Es, pues, razonable que quien fue víctima de un hecho violento proporcione información difusa e, incluso, contradictoria en una misma declaración, lo que no significa que esta sea falsa. De allí que el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 contenga, además de la verosimilitud, otras dos exigencias como son la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación.

6.2. En ese contexto, lo primero que debemos señalar es que el acusado y la víctima no se conocían, por lo que no existen motivos para que el agraviado no solo sindique al acusado como autor de un delito, sino también exagere o invente las circunstancias de su comisión.

6.3. Verosimilitud de la incriminación. En el caso de autos el agraviado no mintió. Muestra de ello es lo declarado por Manuel Esteban Hilario⁵, quien manifestó que dos personas le pidieron que por favor les ayude a cargar una moto lineal. Esto demuestra que en determinado momento la motocicleta fue cargada hasta por tres personas, lo que permite corroborar la declaración de la víctima.

A lo anterior se adiciona el hecho de que la víctima evidenció una lesión (equimosis rojizo violácea de 4 x 2 centímetros en cara externa del tercio medio de pierna derecha) descrita en el Certificado Médico Legal 001902-2, cuya data es

⁵ Folios 16 y 74.

no mayor a 24 horas del suceso delictivo. Si bien la defensa cuestiona el contenido y alega que la víctima debió presentar más lesiones si hubiese sido atacada como lo declaró. Desestimamos este argumento en la medida de que toda agresión no genera necesariamente marcas profundas o múltiples.

6.4. Por su parte, la defensa alega que no se cumple con el requisito de persistencia en la incriminación debido a que la víctima solo declaró en una oportunidad⁶.

Lo primero que debemos resaltar es que la víctima declaró en presencia de un representante del Ministerio Público, por lo que lo dicho por aquel reviste legalidad para ser apreciada como prueba de cargo en aplicación del artículo 62 del Código de Procedimientos Penales.

En segundo lugar, corresponde indicar que la persistencia en la incriminación es una garantía de certeza que no opera solo en casos en donde la víctima haya declarado en más de una ocasión, sino también tratándose de únicas en las que se expresa un relato sólido y verosímil.

Séptimo. Es cierto que los efectivos policiales Javier Oliver Clemente Oré, Ubaldo Roger Infante Olivos y Miguel Ángel Illizarbe Cueto señalaron en juicio oral que no participaron en ningún operativo con el agraviado; sin embargo, también lo es que el agraviado acudió a denunciar y el acusado fue intervenido en posesión de la motocicleta de la víctima. El agravio planteado no trasciende.

Octavo. La defensa sostiene que el recurrente estuvo bajo los efectos del alcohol, lo cual también sostuvieron los testigos Kelly Evelyn Mendoza Loayza y Julio César Canchanya Huaylinos; sin embargo, el efectivo policial Miguel Ángel Illizarbe Cueto⁷, quien interactuó con el acusado, lo negó. Por consiguiente, dicha alegación no es relevante.

Noveno. Lo desarrollado y analizado permite desestimar los agravios formulados en el recurso de nulidad y validar el razonamiento en que se sustenta la condena de primera instancia.

⁶ Folio 13.

⁷ Folio 659.

V. SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Décimo. El marco punitivo por la comisión del delito de robo con agravantes es no menor de 12 ni mayor de 20 años de privación de libertad.

Decimoprimer. En el caso de autos se ha impuesto siete años de pena privativa de libertad, que constituye una disminución de cinco años por debajo del mínimo legal, lo que consideramos razonable si además de la tentativa (causal de disminución de punibilidad) se han identificado dos circunstancias de agravación específica: haber cometido el delito durante la noche y con pluralidad de agentes.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, declararon:

- I. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del 27 de agosto de 2019 emitida por la Sala Penal Liquidadora de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín. La cual condenó a **José Luis Elescano Gómez** como autor de la tentativa del delito de robo con agravantes en perjuicio de Israel Braulio Bartolo Gerónimo, le impuso siete años de pena privativa de libertad y el pago de 600,00 soles de reparación civil. Ordenaron su ubicación y captura para el cumplimiento de la sanción.
- II. **MANDARON** se devuelvan los actuados al tribunal de origen y se comunique.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

VRPS/parc