



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
CASACIÓN N° 646-2015  
HUAURA

**Objeto de recurso y preexistencia del bien**

**Sumilla. i)** La Sala excluyó del material probatorio valorable la declaración sumarial del testigo-víctima. Sin embargo, la prescindencia de la prueba no fue objetada. Por consiguiente, la exclusión de esa prueba no se compadece con el principio de legalidad procesal. La lectura en el acto oral es el presupuesto formal para valorar esa testifical. Si en el juicio, no se cuestionó tal posibilidad, no está permitido que el juez de apelación de oficio decida excluirla. **ii)** La preexistencia de la cosa materia del delito, en los delitos contra el patrimonio, solo requerirá una actividad probatoria específica cuando no existan testigos presenciales del hecho o cuando se tenga duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación. Es posible acreditar parcialmente el monto y características de lo sustraído o defraudado. No es correcto señalar que si no se demuestra todo lo que se dice robado, no existe prueba del hecho delictivo.

**-SENTENCIA DE CASACIÓN-**

Lima, quince de junio de dos mil diecisiete.

**VISTOS;** en audiencia pública: el recurso de casación por inobservancia de precepto procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUAURA contra la sentencia de vista de fojas trescientos cuarenta y tres, de dos de julio de dos mil quince, que revocando por mayoría la sentencia de primera instancia de fojas trescientos cinco, de veinticinco de febrero de dos mil quince, absolvió a Toribio Elder Fabián Ventocilla y Luis Manuel Calderón Guerrero de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de robo con agravantes en agravio de Fredy César Lorenzo Perales; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

**FUNDAMENTOS DE HECHO**

**PRIMERO.** Que, por requerimiento de fojas doscientos setenta y siete, de cuatro de septiembre de dos mil catorce, el Fiscal Provincial Penal de la Fiscalía Corporativa de Barranca del Tercer Despacho de Investigación, culminada la investigación preparatoria, formuló acusación contra Toribio Elder Fabián Ventocilla y Luis Manuel Calderón Guerrero como coautores del



delito de robo con agravantes en agravio de Fredy César Lorenzo Perales. El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Barranca mediante auto de fojas doscientos ochenta y ocho, de siete de octubre de dos mil catorce, declaró la procedencia del juicio oral.

**SEGUNDO.** Que el Juzgado Penal Colegiado de Emergencia de Huaura, tras el juicio oral, público y contradictorio, por sentencia de fojas trescientos cinco, de veinticinco de febrero de dos mil quince, condenó a los referidos encausados como coautores del delito de robo agravado en agravio de Fredy César Lorenzo Perales a doce años de pena privativa de la libertad y al pago de dos mil soles de reparación civil.

Se interpuso y concedió el correspondiente recurso de apelación por los imputados.

**TERCERO.** Que la Sala Penal de Apelación y Liquidación de la Corte Superior de Huaura profirió la sentencia de vista de fojas trescientos cuarenta y tres, de dos de julio de dos mil quince, que revocó la aludida sentencia de primera instancia y, en consecuencia, absolvió a Toribio Elder Fabián Ventocilla y Luis Manuel Calderón Guerrero de la referida acusación fiscal.

Contra esta sentencia de vista el señor Fiscal Superior de Huaura interpuso recurso de casación.

**CUARTO.** Que los hechos declarados probados en la sentencia de primera instancia, en relación con la acusación fiscal, son los siguientes:

- A. El día veinticuatro de marzo de dos mil catorce, como a las veintidós horas, cuando el agraviado Fredy César Lorenzo Perales cerró la estación de servicios "Makita" (Grifo), luego de haber efectuado el cobro del producto de la venta del turno de la tarde, optó por retirarse a la bodega que posee en la esquina de su vivienda ubicada en la urbanización Las Gardenias Manzana A, Lote uno, Segunda Etapa -Barranca, lugar en el que entabló una conversación con su conviviente. En esas circunstancias, el indicado agraviado se percató que cinco sujetos cruzaron con dirección a donde se encontraba, por lo que le dijo a su conviviente que cerrara la puerta y caminó hacia delante con las manos en los bolsillos delanteros de su casaca. Acto seguido, uno de los sujetos se le acercó por el lado izquierdo y le dijo:



53



“ya perdiste”, a la vez que sacó un arma de su cintura y lo apuntó a la altura de la sien. También se aproximó el encausado Toribio Elder Fabián Ventocilla, quien se colocó a su lado derecho, el mismo que también portaba un arma de fuego en la mano, mientras que con la otra mano le rebuscó los bolsillos y le sustrajo su billetera que contenía su Documento Nacional de Identidad y la suma de mil quinientos soles, producto de la venta de combustible.

- B.** El primer individuo, quien se ubicó al lado izquierdo del agraviado, se puso nervioso e intentó disparar su arma de fuego, pero felizmente se le trabó. Ante tal situación el agraviado forcejeó con este sujeto, lo que aprovechó el acusado Toribio Elder Fabián Ventocilla para huir. El agraviado, en esos instantes, escuchó que su hermano David Pelayo Lorenzo Perales comenzó a gritar pidiendo auxilio, dando lugar a que los asaltantes huyeran del lugar, pero este último logró observar que dos de los sujetos que participaron en el hecho delictivo abordaron una moto lineal color negro que los esperaba con su conductor y motor encendido, aunque no pudo visualizar la placa. Por su parte, el encausado Toribio Elder Fabián Ventocilla abordó una motocuy color azul con negro, conducida por su coencausado Luis Manuel Calderón Guerrero, la misma que en la parte posterior registraba el número dos mil ochocientos setenta y tres, que también estaba con el motor encendido y ubicada a la altura de la loza deportiva de Barba de Chile – Barranca.
- C.** En esos momentos se hizo presente el antes mencionado hermano del agraviado, David Pelayo Lorenzo Perales, conduciendo un automóvil, con el que persiguieron a los sujetos que huían en la moto lineal y motocuy. La moto lineal se desvió, por lo que optaron por perseguir a la moto cuy, la misma que continuó su recorrido hasta estacionarse en el Grifo “San José” Servicio Petro – Barranca. En esa estación el conductor de dicho vehículo bajó para dirigirse a la persona que atendía el grifo, simulando que quería abastecer el vehículo menor de combustible. Es así que el agraviado y su hermano se estacionaron cerca del lugar y se dirigieron a la motocuy para recriminar al asaltante, pese a lo cual el acusado Calderón Guerrero negó lo sucedido. Mientras esto último ocurría, el hermano del agraviado se dirigió al asiento



posterior de la referida moto, donde se encontraba el imputado Toribio Elder Fabián Ventocilla con quien igualmente discutió.

- D.** Cuando tenía lugar lo señalado, llegó al citado grifo un vehículo policial perteneciente a la División de Control de Carreteras de la Policía de Barranca, lo que fue aprovechado por el agraviado y su hermano para solicitarles la intervención de los dos encausados, a quienes se les encontró armas de fuego y en el interior de la motocuy cuatro municiones para arma de fuego.

**QUINTO.** Que el señor Fiscal Superior en su recurso de casación de fojas trescientos sesenta y seis, de cinco de agosto de dos mil quince, invocó un motivo: inobservancia de precepto procesal (artículo 429, apartado 2, del Código Procesal Penal). Afirmó que las disposiciones legales inobservadas son los artículos 409, apartado 1, y 201, apartado 1, del Código Procesal Penal, pues se emitió sentencia absolutoria pese a que los agravios no postulaban esa pretensión, y se tergiversó el entendimiento de la disposición que establece la exigencia de acreditación de la preexistencia. Asimismo, denunció que se excluyó de la valoración probatoria la oralización de la declaración del agraviado porque no asistió al juicio oral, aunque no hizo mención a la norma que sostiene ese criterio.

**SEXTO.** Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y cuatro, de diez de marzo de dos mil dieciséis, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso por inobservancia de precepto procesal, a fin de examinar, en primer lugar, desde el principio de congruencia procesal y las exigencias del aforismo "*tantum devolutum, quantum appellatum*", la presunta vulneración del artículo 409, numeral 1, del Código Procesal Penal: correlación entre pretensión impugnativa y sentencia de vista, cuya concreción importaría una nulidad insubsanable. En segundo lugar, para dilucidar, desde el derecho a la prueba, los alcances de la norma que exige la acreditación de la preexistencia (artículo 201, apartado 1, del Código Procesal Penal).



**SÉPTIMO.** Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día ocho de junio del presente año, ésta se realizó con la sola concurrencia del señor doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal –parte recurrente–, conforme al acta precedente.

**OCTAVO.** Que concluida la audiencia de casación, inmediatamente se deliberó la causa en secreto. Realizada la votación el mismo día, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha, bajo los lineamientos expuestos en la Resolución General emitida por esta Sala de Casación el día veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que la sentencia de vista recurrida en casación, en lo relevante para la absolución del presente grado, señaló lo siguiente:

- A. La defensa del imputado Fabián Ventocilla si bien solicitó la nulidad del fallo de primera instancia cuestionó la suficiencia probatoria de la condena, por lo que correspondía emitir una decisión de mérito: absolver o ratificar la condena.
- B. En el juicio de primera instancia solo se leyó la declaración del agraviado prestada en sede de investigación preparatoria, sin especificar el motivo de la inasistencia del agraviado al acto oral. Acotó que no es posible valorar el testimonio del agraviado para una condena, conforme al artículo 383, apartado 1, literal d), del Código Procesal Penal –al haberse prescindido del examen personal del agraviado no procedía su oralización porque el Fiscal no lo pidió oportunamente–.
- C. Respecto al encausado Calderón Guerrero, atento a lo consignado en la sentencia *a quo*, anotó que no existe una imputación concreta, suficiente o necesaria, al no precisarse el rol que cumplió en el robo.
- D. La preexistencia debe acreditarse necesariamente, y el monto materia del robo –según los cargos– debe demostrarse en su integridad y no en parte. Además, no hay coincidencia entre la versión del agraviado y los documentos o boletas que se acompañaron.



E. En el vehículo capturado por la Policía no se encontraron bienes del agraviado.

**SEGUNDO.** Que es de tener en cuenta, desde el material probatorio allegado a la causa, glosado y valorado en primera instancia, y no cuestionado, el tenor del Informe Policial número cincuenta y nueve guión dos mil catorce, acta de recorrido y croquis, acta de detención en flagrancia, actas de registro personal e incautación, acta de registro vehicular, hallazgo y recojo, acta de recepción de documentos-comprobantes de pago (doce páginas), acta de descripción de prenda de vestir y toma fotográfica, pericias de armas y declaraciones plenarios de los policías intervinientes Chuquista Torres, Juárez Valdera y Ramírez Ugarte.

La aludida sentencia de primera instancia también asumió, para su valoración y previa lectura, la declaración sumarial del agraviado. Cabe puntualizar en este punto, primero, que se ofreció y admitió la indicada prueba personal (auto de enjuiciamiento de fojas doscientos ochenta y ocho, de siete de octubre de dos mil catorce); y, segundo, que ante la inconcurrencia del agraviado al acto oral, se prescindió de su testimonio oral, al igual que el de David Lorenzo Perales y, sin oposición, se dispuso la oralización de su declaración sumarial.

**TERCERO.** Que el recurso de apelación de los encausados Toribio Elder Fabián Ventocilla y Luis Manuel Calderón Guerrero versó, de modo general –aunque, como luego se verá, cabe resaltar algunas precisiones–, en una incorrecta valoración de las pruebas. Mencionaron que no consta ninguna sindicación de la presunta intervención delictiva del acusado Calderón Guerrero; que las pruebas de cargo no son suficientes ni han sido debidamente fundamentadas; que medió una inobservancia del juicio de tipicidad; que no se acreditó el destino del dinero.

El Tribunal de Apelación, en consecuencia, ante la amplitud del cuestionamiento del juicio histórico de la sentencia *a quo*, tenía una potestad jurídica amplia para apreciar el conjunto del material probatorio –tanto en los planos del juicio de valorabilidad (si las pruebas se admitieron y ejecutaron conforme a la legalidad procesal), como del juicio de apreciación probatoria (interpretación y valoración de los medios de prueba) –en especial, (i) si la prueba es fiable, de cargo, corroborada y suficiente, y (ii) si se respetaron los



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N° 646-2015/HUAURA

cánones de corrección de la regla de inferencia probatoria (determinación o concreción y utilización adecuada de las máximas de experiencia, conocimientos científicos y/o leyes de la lógica pertinentes). Desde luego, el Tribunal *Ad Quem* puede realizar un juicio propio, alternativo al de primera instancia –esa es la esencia del recurso de apelación–, salvo en materia de prueba personal. Sin perjuicio de que, en este último extremo, pueda controlar la coherencia y verosimilitud del relato (testigo) o análisis científico o técnico (perito) vertido por el respectivo órgano de prueba, así como, desde una perspectiva de conjunto, la concurrencia de corroboración probatoria.

**CUARTO.** Que es evidente que el recurso de apelación de Fabián Ventocilla importaba, además de una implícita como evidente pretensión revocatoria, otra expresamente anulatoria en relación al alcance de la motivación de la sentencia de primera instancia en orden a la regla de inferencia y a la claridad de las premisas fácticas. Este extremo no ha sido respondido, como corresponde a la necesaria relación que debe existir entre pretensión impugnativa y sentencia de vista.

El recurso de apelación de Calderón Guerrero solo contiene pretensiones revocatorias. Incide en la legalidad de determinadas pruebas, en su falta de coincidencia incriminatoria e, incluso, en la ausencia de sindicación contra él. La sentencia de vista solo incidió en este último punto impugnativo.

**QUINTO.** Que el artículo 409, apartado 1), del Código Procesal Penal está referido al objeto procesal de la apelación. Incorpora el aforismo “*tantum devolutum, quantum appellatum*”, en cuya virtud el órgano judicial de apelación no puede entrar a conocer sino sólo de aquellas cuestiones que hayan sido expresamente objeto del recurso; así como también, implícitamente, el aforismo “*pendente apellatione, nihil innovetur*”, que indica que el recurso de apelación no inicia un nuevo juicio, ni autoriza resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera instancia, lo que a su vez, es manifestación de la prohibición de “*mutatio libelli*”, esto es, de la prohibición de modificación de las pretensiones que se ejercitaron en la primera instancia y naturalmente de introducción de nuevas pretensiones [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho*



*Procesal Civil*, I, Colex, Madrid, 2007, páginas quinientos setenta y quinientos setenta y uno].

**SEXTO.** Que si las partes acusadas cuestionaron el conjunto esencial de la prueba de cargo actuada, y, no obstante ello, si la Sala Superior no estimó ilegal –con un vicio en su formación y ejecución que permita descartarla como integrante del material probatorio valorable– parte importante del material probatorio, era de rigor otorgar una perspectiva favorable al elemento de prueba que podía desprenderse de las pruebas valorables y, en todo caso, examinar si, con exclusión de lo que a su juicio debía descartarse como tal (las declaraciones del agraviado y de su hermano), se estaba ante un supuesto de prueba de cargo suficiente para confirmar la condena. Este inevitable paso en el examen del *Iudex Ad Quem* no ha sido llevado a cabo en toda su magnitud.

**SÉPTIMO.** Que el Tribunal Superior excluyó del material probatorio valorable la declaración sumarial del testigo-víctima Fredy César Lorenzo Perales invocando como amparo legal el artículo 383 inciso 1 literal d) del Código Procesal Penal. Dicha disposición legal, en concordancia con el literal c), establece que pueden ser leídas las declaraciones de testigos prestadas ante el Fiscal, siempre (i) que para su ejecución exista, por lo menos, posibilidad de contradicción, y (ii) que se presente un motivo de inconcurrencia grave: fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes –irrepetibilidad no previsible–. En el presente caso no se cuestionó el primer presupuesto material (posibilidad de contradicción) ni el segundo presupuesto (presencia de una causa de inasistencia independiente de la voluntad de las partes). La prescindencia de la prueba no fue objetada, así como tampoco los apercibimientos que pudieron realizarse previa a esta situación –véase, al respecto, artículo 379 del Código Procesal Penal–. Por consiguiente, en su esencia, la exclusión de esa prueba, dispuesta por el *Iudex Ad Quem*, no se compadece con el principio de legalidad procesal. Fue, por ende, una decisión incorrecta jurídicamente. De otro lado, la lectura en el acto oral es el presupuesto formal para valorar esa testifical. Es obvio que, solo ante la declaración de prescindencia, cabe su



59

proposición por las partes; antes, es imposible prever tal situación. Si en el juicio, por consiguiente, no se cuestionó tal posibilidad, no está permitido que el juez de apelación de oficio decida excluirla (inobservancia del aforismo “*tantum devolutum, quantum appellatum*”, contemplado por el artículo 409, apartado 1, del Código Procesal Penal). No se trata de un caso de nulidad procesal (nulidad insubsanable), sino de aptitud probatoria de un medio de prueba, ámbito distinto de la ineficacia procesal.

**OCTAVO.** Que, por otra parte, el artículo 201, apartado 1), del Código Procesal Penal estipula que: “*En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo*”. Es, como se sabe, una disposición legal referida a la comprobación del delito, a las materialidades con que se expresa la concreta infracción punible. Desde la normalidad probatoria, es obvio que, básicamente, solo se requerirá una actividad probatoria específica cuando no existan testigos presenciales del hecho –que no es del caso cuando se está ante un testigo-víctima y, además, el concurso de un testigo presencial: el hermano del primero, que dan cuenta de lo sucedido– o cuando se tenga duda (razonable) acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación [conforme: AGUSTÍN PÉREZ CRUZ MARTÍN y otros: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Navarra, 2009, página doscientos cuarenta y uno. SSTSE de veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco y de dos de abril de mil novecientos noventa y seis]. Además, nuestra jurisprudencia, desde antiguo, afirmó que cuando se trata de dinero, debe acreditarse la solvencia o capacidad económica del agraviado.

La norma que se desprende de ese dispositivo legal destaca tanto el principio de libertad probatoria, cuanto, con él, en atención a su incidencia objetiva, una exigencia mínima respecto al estándar de prueba de la preexistencia. Además, es de tener en cuenta, desde la razonabilidad de los criterios que deben guiar este ámbito probatorio, que sobre la cuantía o dimensión de lo robado es posible asumir que las pruebas actuadas solo acrediten parcialmente el monto y características de lo sustraído o defraudado. No es correcto señalar que si no se demuestra todo lo que se dice robado, no existe prueba del hecho delictivo; la coherencia del discurso justificativo y el ámbito de la prueba, hacen deleznable este criterio asumido sorprendentemente por la Sala Superior.



En conclusión se inobservó el alcance del citado artículo 201, apartado 1), del Código Procesal Penal.

**NOVENO.** Que, en el presente caso, como se destacó en primera instancia, no solo así lo mencionó el agraviado y, luego, acompañó documentos que, por lo menos, hacían referencia parcial al monto que indicó había sido objeto de robo –por lo demás, la cantidad de lo que se afirmó como objeto de la sustracción, no muy relevante ni inusitado, y el hecho de que se trataba de un grifo, no permite dudar que esa es la cantidad objeto de apoderamiento delictivo–.

Caber enfatizar, desde otra perspectiva, que se trató de un delito en el que se atacó al agraviado, intervino en su ayuda su propio hermano, se siguió a los asaltantes y, con apoyo, policial, se intervino a dos de los asaltantes, incluso se incautó armas con las que se amenazó al agraviado.

Por lo demás, la relación de hechos objeto de acusación e integrantes de sentencia de primera instancia, impide sostener que uno de los imputados no fue inculcado, ni que la forma y circunstancias de su intervención no denote una intervención delictiva. La imputación es precisa y la condena respetó ese ámbito. No se vulneró el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal.

El recurso de casación debe estimarse y así se declara. La nulidad del fallo de segunda instancia es inevitable.

### DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de precepto procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUAURA contra la sentencia de vista de fojas trescientos cuarenta y tres, de dos de junio de dos mil quince. En consecuencia, **CASARON** la sentencia impugnada. **II.** Declararon **NULA** la referida sentencia de vista, que revocando por mayoría la sentencia de primera instancia de fojas trescientos cinco, de veinticinco de febrero de dos mil quince, absolvió a Toribio Elder Fabián Ventocilla y Luis Manuel Calderón Guerrero de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de robo con agravantes en agravio de Fredy César Lorenzo Perales; con lo demás que contiene. **III. ORDENARON**, previo trámite de ley, se dicte nueva sentencia de vista por otra Sala de



61



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N° 646-2015/HUAURA

Apelación, teniéndose presente lo indicado en la presente sentencia casatoria.  
**IV. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSMC/ast.

*San Martín*

*Prado*

*Salas*

*Barrios*

SE PUBLICO CONFORME A LEY

*Diny Yuranieva Chávez Veramendi*  
Secretaria (e)  
Primera Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

20 JUN. 2017