Configuración de la agravante por nocturnidad
Sumilla. Para verificar si la circunstancia agravante de nocturnidad se configura, debe utilizarse de *lege data* el criterio cronológico.

Lima, treinta y uno de julio de dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad planteado por la defensa técnica del sentenciado don **César Augusto Fajardo Janampa** (folios trescientos sesenta y cinco a trescientos sesenta y nueve); con los recaudos adjuntos.

Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de dieciséis de septiembre de dos mil trece (folios trescientos cuarenta y tres a trescientos cincuenta y cinco), emitida por la Sala Superior Penal Liquidadora y Penal de Apelaciones de Chincha, de la Corte Superior de Justicia de Ica, que condenó al sentenciado Fajardo Janampa como autor del delito de hurto agravado (por desvinculación de la acusación fiscal), en perjuicio de doña Dora Antonia Mauricio Pachas; y le impusieron cinco años de pena privativa de libertad.

2. SÍNTESIS DE LOS AGRAVIOS

Solicita la reducción de la dimensión de la pena impuesta, de cinco a tres años de privación de libertad, con carácter condicional, en mérito a que:

2.1. Según la acusación los hechos sucedieron a las seis de la tarde y no en la noche, por lo que la desvinculación a hurto agravado por nocturnidad es incorrecta, lo que disminuye el injusto, subsistiendo la agravante por pluralidad; afectándose así el principio de proporcionalidad.

2.2. No se ha considerado la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, dado que no se ha valorado que el encausado se encuentra arrepentido por la comisión de los hechos y que posteriormente no ha delinquido.

2.3. La sentencia adolece de motivación aparente, en cuanto a la determinación de la pena efectiva impuesta, pues debió imponerse una de carácter suspendida.

2.4. En numerosa jurisprudencia sobre hurto agravado, la Sala Penal Suprema ha fijado penas de privación de libertad superior a cuatro años.

3. SINÓPSIS FÁCTICA

Se atribuye que el **diecinueve de octubre de dos mil nueve**, a las dieciséis horas, aproximadamente, cuando la agraviada Mauricio Pachas transitaba entre las calles Ayacucho y Junín, en Chincha Alta, el encausado Fajardo Janampa y otra persona en proceso de identificación aparecieron en una mototaxi; el primero de los nombrados lanzó a la agraviada al suelo y le arrebató su cartera, arrastrándola por la vereda al oponer esta resistencia, lo que le causó lesiones en el hombro y brazo.

La agraviada optó por perseguirlos en otra moto para recuperar sus pertenencias. La policía que estaba por las inmediaciones tomó conocimiento de lo sucedido e intervino al encausado en la plaza principal de la ciudad, pese a que opuso resistencia. La agraviada logró recuperar su bolso que contenía su DNI, cosméticos y la suma de trescientos nuevos soles.

FUNDAMENTOS

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El artículo ciento ochenta y cinco del Código Penal sanciona como delito de hurto la conducta del que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra.

1.2. Los incisos dos (nocturnidad) y seis (pluralidad) del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y seis, del citado Código, según lo regulado en la Ley N.° 29407, agravan el delito de hurto y lo sancionan con pena no menor de tres ni mayor de seis años de privación de libertad.

1.3. El artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, regula el contenido de la sentencia condenatoria, en la que se deben apreciar las declaraciones de los testigos o las otras pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo.

1.4. El artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales, prescribe de modo taxativo las causas de nulidad.

1.5. El Acuerdo Plenario N.° 02-2005/CJ-116 de treinta de septiembre de dos mil cinco, establece los presupuestos a tomar en cuenta para ameritar la

manifestación del agraviado como prueba de cargo suficiente para sustentar una condena.

1.6. Los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis, del indicado Código, regulan los presupuestos para la determinación de la pena.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1. Según la acusación fiscal (folios noventa y siete a ciento dos), los hechos fueron subsumidos en el delito de robo agravado por nocturnidad y pluralidad. En la sentencia recurrida figura que el sustento de la desvinculación fue la no acreditación de violencia en perjuicio de la agraviada, subsistiendo ambas agravantes, pero en el delito de hurto.

2.2. El encausado cuestionó la configuración de la agravante por nocturnidad al haber sucedido los hechos a las dieciocho horas, tiempo que estima está comprendido dentro del periodo estimado como parte de la tarde y no de la noche.

2.3. La denominación expresa del tipo "durante la noche" debe entenderse desde la perspectiva cronológica-astronómica, y no teleológico-funcional. Por ello, la noche se define como aquel periodo durante el que una parte del globo terrestre deja de recibir luz solar, por ende, permanece en oscuridad.

2.4. Al haberse perpetrado el ilícito aproximadamente a las dieciocho horas, que se produjo al final del segundo periodo del día, es decir, la tarde; cuando el sol se oculta, pero aún permanece, por lo que debe considerarse que no se instaló la noche y al no haber oscuridad por ausencia total del sol, la agravante no se configuró. Por ello, el agravio esgrimido en este caso es razonable.

2.5. Sin embargo, tal consideración no incide en la dimensión de la pena cuestionada, debido a que la conducta del encausado está circunstanciada por haber estado acompañado de otras personas de sexo masculino, para así facilitar la finalidad de sustracción, al mermar o aminorar las defensas de la víctima.

Criterio que, en todo caso, se suma a los factores tomados en cuenta por la Sala Superior Penal, en el acápite sexto de la recurrida, al momento de determinar la pena como la responsabilidad restringida y la carencia de antecedentes penales. Este Supremo Colegiado estima que la privación de su libertad efectiva servirá de oportunidad al encausado para ser sometido

a tratamiento, estando vigente su derecho de someterse a los beneficios penitenciarios que le correspondiera con arreglo a ley.
En mérito a lo acotado, este Tribunal Supremo considera que la pena impuesta es proporcional y debe confirmarse.
2.6. Finalmente, cabe señalar que los integrantes de la Sala Superior Penal, al motivar la subsunción de los hechos al tipo penal (por desvinculación), debieron abordar cabalmente lo señalado en el acápite 2.4; por lo que, por única vez, se le insta a cumplir con la función jurisdiccional de garantizador de un proceso justo.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria, **ACORDAMOS**:

I. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de dieciséis de septiembre de dos mil trece (folios trescientos cuarenta y tres a trescientos cincuenta y cinco), emitida por la Sala Superior Penal Liquidadora y Penal de Apelaciones de Chincha, de la Corte Superior de Justicia de Ica, que condenó al sentenciado don **César Augusto Fajardo Janampa**, como autor del delito de hurto agravado (por desvinculación de la acusación fiscal), en perjuicio de doña Dora Antonia Mauricio Pachas; y le impusieron cinco años de pena privativa de libertad.
II. LLAMAR la atención, por única vez, a los integrantes de Sala Superior Penal Liquidadora y Penal de Apelaciones de Chincha, de la Corte Superior de Justicia de Ica, por lo esgrimido en el considerando 2.6. Hágase saber y devuélvase.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
JS/sd

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

07 NOV. 2014