

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 731-2022/LAMBAYEQUE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título. Audiencia en segunda instancia. Intervención de acusado recurrido y defensor

Sumilla 1. La audiencia de apelación de sentencia se celebró el veinticinco de febrero de dos mil veintidós. En esa fecha, se encontraba vigente el precepto originario del artículo 423 del CPP. El apartado 4 de ese precepto estatúa que: “*Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces*”. Luego, como excepción a la regla general en primera instancia, era factible la continuación del juicio pese a la contumacia e inasistencia al juicio de apelación. 2. El cambio normativo se produjo a partir de la Ley 31952, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós –con posterioridad a la actuación procesal en cuestión–, en cuya virtud se exigía la declaración de la contumacia y ya no se podía celebrar la audiencia. El nuevo texto, que hasta ahora rige, prescribe: “**4. Ante la incomparecencia de los imputados recurridos, estos son declarados reos contumaces y se dispone su conducción compulsiva**”, con lo que se compatibiliza o conforma con lo sucedido en primera instancia, a partir de la concordancia artículo 355, apartado 4, con el artículo 367, apartados 1 al 5, del CPP. La declaración de contumacia, a partir de la fecha antes señalada, exige el señalamiento de nuevo juicio de apelación, pues no cabe la realización del mismo sin la presencia del acusado y su defensor. 3. La posición defensiva del encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ no fue sostenida por la presencia de un defensor público activo en ese acto oral. Nadie representó técnicamente los intereses y derechos legítimos del imputado recurrido y ni siquiera, con infracción del principio de contradicción, intervino un defensor en el curso del juicio de apelación ni formuló alegatos finales en contraposición a los de la Fiscalía. El artículo 79 del CPP fija las pautas de la declaración de contumacia, como manda en sede del juicio oral el artículo 423, apartado 4, del CPP. Su declaración importa, amén del mandato de conducción compulsiva –lo que ni siquiera se hizo–, el nombramiento de un defensor público, quien intervendrá en todas las diligencias.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinte de octubre de dos mil veinticinco

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional (defensa procesal: derecho de audiencia)** y **quebrantamiento de precepto procesal** interpuesto por el encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ contra la sentencia de vista de fojas sesenta y dos, de once de marzo de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas veintinueve, de veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno, lo condenó como autor del delito de robo con agravantes en agravio de Pedro Daniel Millones Cava e Ynes de Fátima Teresa del Milagro Untiveros Céspedes a trece años de pena privativa de libertad y al pago de quinientos soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.



FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según las sentencias de mérito, el día once de noviembre de dos mil diecinueve, como a las diez de la noche, los agraviados Pedro Daniel Millones Cava e Ynes de Fátima Teresa del Milagro Untiveros Céspedes caminaban por la avenida Antenor Orrego y Ollantay (a una cuadra de la avenida Chinchaysuyo) del distrito de La Victoria – Lima, cuando sorpresivamente apareció un sujeto de aproximadamente treinta a treinta y cinco años, tez morena, contextura gruesa, estatura de un metro setenta, que interceptó al agraviado Pedro Daniel Millones Cava por la parte posterior y le exigió le entregue e su celular, pero al oponer resistencia, le colocó un arma de fuego en el cuello y llamó a otros individuos con un además de las manos, quienes lo esperaban en un carro color rojo de placa de rodaje M3Z-092, que se acercó lentamente hacia ellos. Del vehículo descendieron dos sujetos, uno de los cuales era el encausado Santos Daniel Briceño Cubas –el encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ era el piloto del vehículo–, el cual apuntó con un arma de fuego a la agraviada Fátima Teresa del Milagro Untiveros Céspedes, mientras que el otro sujeto no identificado, aprovechó para sustraerle su celular marca Iphone, modelo seis, color dorado, mientras que el primer sujeto apuntaba al agraviado y le sustrajo su celular Samsung Galaxy A30, color celeste de la línea Entel, una mochila de color negro Adidas y una billetera de tela que contenía la suma de quinientos soles y sus documentos personales. A continuación, todos los asaltantes subieron al carro rojo que los estaba esperando y se dieron a la fuga.

∞ Tras el robo, los agraviados Pedro Daniel Millones Cava e Ynes de Fátima Teresa del Milagro Untiveros Céspedes caminaron con dirección de la avenida Orrego hacia el Jockey (avenida Unión) y encontraron un patrullero al que solicitaron apoyo. Transcurridos veinte minutos de búsqueda, la Policía ubicó el vehículo en mención a la altura de las avenidas Antenor Orrego y Rodrigo de Triana, por lo que intervinieron. Se encontraban en su interior el encausado KEVIN GERSON GIL DIAZ, conductor del vehículo de placa de rodaje M3Z-092, y Santos Daniel Briceño Cubas, copiloto del mismo.

SEGUNDO. Que el procedimiento se ha desarrollado como a continuación se detalla:

∞ **1.** La Fiscalía provincial mediante el requerimiento de fojas dos, de dieciocho de mayo de dos mil veinte, acusó a Santos Daniel Briceño Cubas y KEVIN GERSON GIL DÍAZ como coautores del delito de robo con agravantes. Realizado el control de acusación, como consta del acta de fojas catorce, de seis de julio de dos mil veinte, dictado el auto de enjuiciamiento de fojas



veintiuno, de la misma fecha, emitido el auto de citación a juicio y realizado el juicio oral, el Primer Juzgado Colegiado Penal Permanente de la Corte Superior de Lambayeque dictó la sentencia de primera instancia de fojas veintinueve, de veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno. Consideró:

*** A.** Los agraviados se negaron a declarar en el juicio lo que originó que se lean sus declaraciones, y aun cuando en ellas se manifiesta el uso de arma de fuego, no han podido ser contrastadas con la prueba actuada, menos ha podido ser probada la preexistencia de la suma de quinientos soles alegada en forma posterior por el agraviado, más aún si al momento de la intervención del acusado no ha sido hallada arma alguna, existiendo únicamente el apoderamiento de los bienes de los agraviados, al haberlo realizado durante la noche y con el concurso de dos o más personas. En consecuencia, al no haberse acreditado ni la violencia ni la amenaza, corresponde cambiar el tipo penal de robo agravado al de hurto agravado tipificado en el artículo 186, incisos 1 y 5, del Código Penal.

*** B.** Se presenta vinculación con el delito de hurto agravado porque se acreditó, conforme a la lectura de las declaraciones de los agraviados ingresadas a juicio, en virtud de lo establecido por el artículo 383, inciso 1, literales c) y d), del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, corroboradas con el acta de intervención oralizada en juicio, en el sentido que se les sustrajo sus celulares y otras pertenencias, incluido un maletín del agraviado Pedro Daniel Millones Cava; que el atacante luego se acercó e ingresó a un vehículo que estaba estacionado a unos metros del lugar, el mismo que es descrito como de color rojo de placa de Rodaje M3Z-092, y se dieron a la fuga. Los agraviados buscaron apoyo, encontrando a un patrullero con quienes recorren la zona en búsqueda del vehículo rojo, por lo que luego de transcurrido veinte minutos hallaron al vehículo, siendo intervenido tanto el conductor del vehículo de placa de rodaje M3Z-092, el acusado KEVIN GERSON GIL DIAZ, como su acompañante, Marco Altamirano Echevarría, conforme lo han señalado los testigos suboficial técnico de primera de la Policía Nacional del Perú –en adelante PNP– Óscar Díaz Pérez, y suboficial técnico de segunda de la PNP, Marco Altamirano Echevarría.

*** C.** Se acreditó que al momento de la intervención, en el registro del vehículo de placa de rodaje M3Z-092, en la parte posterior del coche, se encontró una mochila de color negro con el logotipo Adidas, en su interior se hallaron dos celulares y útiles de limpieza personal, de propiedad de la agraviada Ynes de Fátima Teresa Del Milagro, una billetera negra con carnet universitario y el DNI correspondiente al agraviado Daniel Millones Cava, así como su tarjeta de BCP, conforme consta de la declaración de los policías intervinientes y del acta de intervención.

*** D.** Se demostró que el encausado KEVIN GERSON GIL DIAZ era el conductor del vehículo de placa de rodaje M3Z-092, en el que se subió el desconocido que sustrajo los bienes, conforme se advierte de la versión de los testigos



policiales y según reconoció el mismo acusado en juicio. La propietaria del vehículo es Mercy Terrones Paredes, quien lo alquilaba en el modo “puerta libre” al acusado a través de su cuñado.

* **E.** Se confirmó la preexistencia de los bienes sustraídos con los mismos medios probatorios. El encausado recurrente, conjuntamente con su copiloto, han tenido la disposición de los mismos, por lo que se tiene el delito como consumado, dado que fueron perdidos de vista por los agraviados y encontrados con posterioridad a la sustracción.

* **F.** Respecto a la vinculación de los encausados con el hecho delictivo ocurrido, no es factible la aplicación de la conducta neutra o inocua de un taxista señalada por la doctrina y jurisprudencia. Distinto hubiera sido que la persona que sustrajo los bienes hubiera tomado el taxi en otro lugar, mas no cerca de donde ocurrieron los hechos, por el que se pudo anotar incluso la placa; o que lo hubieran intervenido en movimiento, pero no estacionado, no pudiendo enervar su responsabilidad el que anteriormente haya sido intervenido.

∞ **2.** El Ministerio Público interpuso recurso de apelación por escrito de fojas cincuenta y cuatro, de seis de diciembre de dos mil veintiuno. Requirió la revocatoria de la sentencia por hurto. Apuntó que es un error haber condenado por hurto y no por robo.

∞ **3.** Admitido el recurso de apelación por auto de fojas sesenta, de diez de diciembre de dos mil veintiuno, elevadas las actuaciones y realizado el juicio de apelación, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque dictó la sentencia de vista de fojas setenta y uno, de once de marzo de dos mil veintidós. Argumentó que:

* **A.** No se ofrecieron medios probatorios en segunda instancia. Sin embargo, la señora fiscal solicitó se oralice la declaración del agraviado Pedro Daniel Millones Cava (Pregunta cinco) y de la agraviada Ynes Fátima Teresa del Milagro Untiveros Céspedes, sobre la existencia de las armas de fuego y del auto rojo.

* **B.** Es menester considerar que el Juzgado *a quo* tiene como hechos probados la sustracción de los bienes de propiedad de los agraviados Millones Cava y Untiveros Céspedes, más tarde encontrados en el vehículo que conducía el encausado apelante, y como base de sus conclusiones las declaraciones de los agraviados oralizadas formalmente en el acto de juzgamiento oral, que contienen la información pormenorizada de los hechos por ellos sufridos. Empero, yerra al afirmar que no se acreditó la violencia y amenaza necesarias para la configuración del delito de robo agravado conforme la hipótesis inicial postulada por el fiscal, por no haberse acreditado en forma contundente la existencia del arma de fuego.

* **C.** El *a quo*, al valorar solo parcialmente las declaraciones de los testigos, porque es solo a partir de ellas consideró reconstruido el hecho delictivo. Los agraviados fueron asaltados por tres personas de cuatro que estaban en un



vehículo rojo y, además, se les apuntó con armas de fuego, lo que es confirmado por la declaración del suboficial de segunda PNP Marco Altamirano Echevarría, efectivo de la comisaria de La Victoria quien les prestó auxilio solo unos minutos después de ocurrido el evento delictivo, así como por la declaración del suboficial de primera PNP Óscar Díaz Pérez, quien refirió haber plasmado en las actas toda la información recibida, como en efecto puede verse del acta de intervención policial en la que se transcribe la declaración proporcionada por los agraviados en la que señalaron haber sido víctima de atraco con armas de fuego.

* **D.** El encausado KEVIN GERSON GIL DIAZ se declaró inocente de la imputación en su contra y afirmó que efectuó una carrera a la persona que ante la intervención policial lanza la mochila a la parte de atrás. Sin embargo, además de la declaración de ambos agraviados, quienes afirmaron que después de asaltarlos, los sujetos abordaron el vehículo que los esperaba, es un hecho incontrovertible que quienes realizan un asalto se aseguran tanto la llegada al lugar de los hechos como escapar del lugar, contando con un vehículo que los traslade; que en modo alguno puede suponerse que se expondrían a abordar un taxi que pasara por el lugar; que, en este caso, fue el acusado apelante el conductor de este vehículo que ha sido plenamente identificado por que contaban con el número de placa proporcionado por los vecinos del lugar. Por tanto, cabe coincidir con el Juzgado *a quo* y está plenamente probada la responsabilidad del acusado recurrente en la sustracción de pertenencias, adicionalmente si se tiene en cuenta que participaron cuatro individuos y solo fueron ubicados dos de ellos, es razonable pensar que los otros dos que se marcharon, se han llevado consigo las armas de fuego que no se encontraron en el lugar de los hechos. Por tanto, el delito corresponde al tipo penal de robo agravado y no de hurto agravado, como lo calificó el Juzgado.

* **E.** Como quiera que la imputación materia de investigación y luego del requerimiento fiscal ha sido de robo agravado y no de hurto agravado, el derecho de defensa del acusado ha sido plenamente garantizado, pues ha sido aquel delito objeto de debate durante el proceso y en el acto de juzgamiento, por lo que debe imponerse al recurrente la pena que corresponde a su actuación delictiva de coautor de robo agravado.

* **F.** La pena privativa de la libertad mínima prevista por el artículo 189 del CP es de doce años; que el Ministerio Público solicitó se imponga al recurrente la sanción de trece años de pena privativa de la libertad, dentro del tercio inferior; que valorando, junto a su falta de antecedentes, como única circunstancia atenuante, la concurrencia de tres circunstancias agravantes: utilización de arma de fuego, comisión del delito en horas de la noche y con la intervención de una pluralidad de agentes, resulta razonable y proporcional imponer al acusado la pena inicialmente solicitada.



* **G.** Ha quedado probada fuera de toda duda razonable la intervención del acusado en calidad de coautor del hecho ilícito objeto de juzgamiento, y estimando amparables los argumentos formulados por el Ministerio Público apelante, debe revocarse la sentencia en el extremo de la calificación del hecho delictivo y de la pena impuesta. No se advierte, por otro lado, que se incurrió en alguna causal que pudiera justificar se declare la nulidad de la sentencia.

∞ **4.** El encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ interpuso recurso de casación por escrito de fojas ochenta, de veinticinco de marzo de dos mil veintidós. Este recurso fue concedido por auto superior de fojas noventa y uno, de veintinueve de marzo de dos mil veintidós.

TERCERO. Que el encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ en su escrito de recurso de casación de fojas ochenta, de veinticinco de marzo de dos mil veintidós, invocó los motivos de inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, incisos 1 y 2, del CPP). Sostuvo que la audiencia de apelación se realizó sin que se le notificara y estuviera presente, por lo que no tuvo una defensa eficaz; que se revaloró la prueba personal, con violación del artículo 425, apartado 2, del CPP.

CUARTO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de Calificación de fojas ciento cinco, del cuaderno formado en esta sede suprema, de dieciséis de diciembre de dos mil veinticuatro, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de **inobservancia de precepto constitucional (defensa procesal: derecho de audiencia)** y de **quebrantamiento de precepto procesal**.

∞ Corresponde establecer si se utilizó prueba ilícita y revisar si se analizó racionalmente el material probatorio, y si se respetó los límites en la apreciación de la prueba personal.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día lunes trece de octubre de este año, ésta se realizó con la intervención de la defensa del encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ, doctor Omar Antonio Zapata López, así como del propio imputado, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto, ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, 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.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional (defensa procesal: derecho de audiencia) y de quebrantamiento de precepto procesal, estriba en determinar si se utilizó prueba ilícita, revisar si se analizó racionalmente el material probatorio, y fiscalizar si se respetó los límites en la apreciación de la prueba personal.

SEGUNDO. Que, desde el derecho presupuesto de audiencia, que integra la garantía de defensa procesal, se cuestiona la inasistencia del encausado recurrente en el juicio de apelación.

∞ Al respecto, es de tener en cuenta que la audiencia de apelación de sentencia se celebró el veinticinco de febrero de dos mil veintidós. En esa fecha, se encontraba vigente el precepto originario del artículo 423 del CPP. El apartado 4 de ese precepto estatúa que: *“Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces”*. Luego, como excepción a la regla general en primera instancia, era factible la continuación del juicio pese a la contumacia e inasistencia al juicio de apelación.

∞ El cambio normativo se produjo a partir de la Ley 31952, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós –con posterioridad a la actuación procesal en cuestión–, en cuya virtud se exigía la declaración de la contumacia y ya no se podía celebrar la audiencia. El nuevo texto, que hasta ahora rige, prescribe: *“4. Ante la incomparecencia de los imputados recurridos, estos son declarados reos contumaces y se dispone su conducción compulsiva”*, con lo que se compatibiliza o conforma con lo sucedido en primera instancia, a partir de la concordancia artículo 355, apartado 4, con el artículo 367, apartados 1 al 5, del CPP. La declaración de contumacia, a partir de la fecha antes señalada, exige el señalamiento de nuevo juicio de apelación, pues no cabe la realización del mismo sin la presencia del acusado y su defensor.

∞ En la audiencia de apelación seguida contra el encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ se señaló que el imputado recurrido no concurrió a la audiencia, pero que se notificó al imputado en su domicilio procesal a cargo de su abogado defensor en su casilla electrónica, quien tampoco concurrió.

TERCERO. Que, ahora bien, es verdad que la notificación no incumplió el artículo 127 del CPP, pues no se está ante la primera notificación y como el imputado fijó domicilio procesal en casilla electrónica es allí donde debe efectuarse el acto de notificación (apartado 4 de citado precepto) –así se hizo–. La notificación, por imperio del artículo 157 del Código Procesal



Civil, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas, como en efecto ocurrió en el presente caso.

∞ Sin embargo, la posición defensiva del encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ no fue sostenida por la presencia de un defensor público activo en ese acto oral. Nadie representó técnicamente los intereses y derechos legítimos del imputado recurrido y ni siquiera, con infracción del principio de contradicción, intervino un defensor en el curso del juicio de apelación ni formuló alegatos finales en contraposición a los de la Fiscalía. El artículo 79 del CPP fija las pautas de la declaración de contumacia, como manda en sede del juicio oral el artículo 423, apartado 4, del CPP. Su declaración importa, amén del mandato de conducción compulsiva –lo que ni siquiera se hizo–, el nombramiento de un defensor público, quien intervendrá en todas las diligencias.

CUARTO. Que, en estas condiciones, es patente la inobservancia de la garantía de defensa material –derecho-presupuesto de audiencia–, por lo que se incurrió en una causal de nulidad absoluta e insubsanable conforme al artículo 150, letra ‘d’, del CPP. Este vicio procesal (*in procedendo*) impide valorar la denuncia casacional de vicios *in iudicando in factum*, en orden a las exigencias o delimitaciones al Derecho probatorio respecto de la prueba ilícita o de la apreciación de la prueba personal formada en primera instancia. Solo cabe acotar que el principio de inmediación únicamente tiene transcendencia efectiva en la propia formación de la prueba, pero no en su apreciación, la que es amplia en orden a la interpretación o traslación (elemento de prueba) y a la racionalidad de la misma y en su correspondencia con el resto del material probatorio disponible.

∞ Por tanto, solo cabe amparar el recurso de casación por la causal de inobservancia de precepto constitucional (defensa procesal: derecho de audiencia). Dada esta conclusión no cabe hacer mención a los demás puntos materia de la queja casacional. Corresponde dictar una sentencia rescindente.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por la causal de inobservancia de precepto constitucional (defensa procesal: derecho de audiencia), interpuesto por el encausado KEVIN GERSON GIL DÍAZ contra la sentencia de vista de fojas sesenta y dos, de once de marzo de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas veintinueve, de veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno, lo condenó como autor del delito de robo con agravantes en agravio de Pedro Daniel Millones Cava e Ynes de Fátima Teresa del Milagro Untiveros Céspedes a trece años de pena privativa de libertad y al pago de

quinientos soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **MANDARON** se realice otro juicio de apelación por otros jueces superiores, teniéndose presente lo razonado por este Tribunal Supremo. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para su debido cumplimiento; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Campos Barranzuela por vacaciones del señor Peña Farfán. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

CAMPOS BARRANZUELA

MAITA DORREGARAY

CSMC/YLPR