



TENTATIVA DE ROBO CON AGRAVANTES

SUMILLA. La condena debe ratificarse, pues existe prueba de cargo suficiente que acredita la responsabilidad penal de los sentenciados en la tentativa del delito de robo con agravantes.

Lima, diecinueve de mayo de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por las defensas de los sentenciados **ELIO FERSEN MALDONADO GARCIA** y **BRYAN JHUVER AYLLON ESPINOZA** contra la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que los **condenó** como coautores de la tentativa del delito de robo con agravantes, en perjuicio de Cintya Elizabeth Sernaqué Lozada; les impuso diez y ocho años de pena privativa de la libertad, respectivamente; y fijó el pago solidario de ochocientos soles como reparación civil en favor de la agraviada. Con lo demás que contiene. Oídos el informe de hechos del sentenciado Maldonado Garcia y el informe oral de su abogado defensor.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

PRIMERO. Conforme con la acusación fiscal (foja 197) y la requisitoria oral (foja 311), el seis de abril de dos mil dieciocho, aproximadamente a las 20:05 horas, cuando la agraviada Cintya Elizabeth Sernaqué Lozada se encontraba por inmediaciones de la Urbanización Villa del Norte de Los Olivos, utilizando su teléfono celular, Bryan Jhuver Ayllon Espinoza de veintitrés años, premunido de un arma blanca, se le abalanzó intempestivamente, la cogió del cuello por la parte de atrás e intentó arrebatárle el teléfono celular; sin embargo, la agraviada se resistió al ataque y le causó un rasguño. Al no lograr su cometido, fugó y se subió a un mototaxi de color rojo, conducida por Elio Ferssen Maldonado Garcia de veintisiete años, que se acercó a fin de recogerlo. De inmediato, los

transeúntes que observaron lo ocurrido detuvieron la moto y cercaron a Maldonado Garcia, mientras que Ayllon Espinoza huyó del lugar.

SEGUNDO. El fiscal tipificó los hechos como delito de robo, previsto en el artículo 188 del Código Penal (CP), con las agravantes de los incisos 2, 3 y 4, primer párrafo, del artículo 189, del Código acotado (relativas a durante la noche, mano armada y con el concurso de dos o más personas). Solicitó para Elio Ferssen Maldonado Garcia veinte años de pena privativa de libertad y para Bryan Jhuver Ayllon Espinoza doce años y el pago solidario de ochocientos soles a favor de la agraviada.

FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL SUPERIOR

TERCERO. La Sala Penal Superior determinó que se encuentra plenamente acreditada la responsabilidad penal de Bryan Jhuver Ayllon Espinoza, quien se encargó de acogotar a la agraviada Cintya Elizabeth Sernaqué Lozada con la intención de robarle su teléfono celular; y la de Elio Ferssen Maldonado Garcia, quien fue el responsable de desplazar en un mototaxi a su cosentenciado. Ambos sujetos pretendieron huir a bordo del referido vehículo, sin embargo, solamente Ayllon Espinoza logró su cometido.

Se sustentó en la valoración de las siguientes pruebas: **i)** El Informe policial N.º 192-2018-Región Policial Lima/DIVPOL Norte 1-CLCI-SEINCRI. **ii)** El acta de intervención policial suscrita por el efectivo policial Julio César Mujica Chávez, en el que refirió que cuando transitaba circunstancialmente por el lugar de los hechos, fue alertado por los vecinos del lugar de que habían retenido a Elio Ferssen Maldonado Garcia. El citado efectivo acudió al juicio oral. **iii)** El acta de registro vehicular del mototaxi, según el cual en su interior se encontró un desarmador afilado con la punta de acero de tres centímetros. **iv)** La declaración de la agraviada Cintya Elizabeth Sernaqué Lozada, quien acudió al juicio oral y ratificó su manifestación a nivel policial, según la cual reconoció a Bryan Jhuver Ayllon Espinoza como la persona que la acogotó con la intención de robarle su equipo celular y, a Elio Ferssen Maldonado Garcia, como la persona que conducía la moto, pero que al no lograr arrancar intentó huir, tropezó y fue detenido por los vecinos del lugar.

v) La declaración de Elio Ferssen Maldonado Garcia en la que reconoció ser el conductor del vehículo menor y proporcionó la identificación de Bryan Jhuver Ayllon Espinoza a quien reconoció como el único responsable de los hechos. vi) La declaración de Bryan Jhuver Ayllon Espinoza, en la que aceptó haber acogotado a la agraviada, pero negó haber portado un arma blanca. vii) El acta de visualización del CD que contiene un video de WhatsApp según el cual se observa el momento preciso del intento de robo y fuga de parte de los sentenciados.

La citada sentencia fue objeto de recurso de nulidad por parte de las defensas de ambos sentenciados, conforme se da cuenta luego.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN LOS RECURSOS DE NULIDAD

CUARTO. La defensa de Elio Ferssen Maldonado Garcia sostuvo que la sentencia condenatoria, emitida por la Sala Penal Superior, vulneró el principio de presunción de inocencia y la motivación resoluciones judiciales. No se valoraron las pruebas actuadas y debatidas en el juicio oral de manera conjunta y objetiva; y el razonamiento que siguieron los jueces superiores para sustentar su condena carece de motivación interna.

En ese sentido, precisó que no se consideró que la agraviada no compareció a juicio oral o la instrucción a fin de ratificar su declaración brindada a nivel preliminar; que su patrocinado manifestó durante todo el proceso que el hecho fue cometido solo por su cosentenciado Bryan Jhuver Ayllon Espinoza y que no tenía conocimiento de lo que este haría, lo que fue reconocido también por el citado el sentenciado; y que las actas de intervención y registro vehicular difieren en cuanto a la hora y el lugar de los hechos, por lo que carecen de concordancia y pudieron ser alteradas.

QUINTO. La defensa de Bryan Jhuver Ayllon Espinoza cuestionó esencialmente la pena privativa de libertad impuesta, por cuanto, en su consideración, no se configuró la agravante de a mano armada. Indicó que la agraviada -quien refirió tener conocimiento de instrumentos de cocina-, afirmó que el arma con la que fue atacada por su patrocinado era un

cuchillo de ocho centímetros; sin embargo, según el acta de registro vehicular se consignó que dentro del mototaxi se encontró un desarmador de punta afilada de tres centímetros, herramienta idónea y necesaria para la reparación de este tipo de vehículos, por lo que no se puede inferir que dicha arma fue la que se usó para el cogoteo. En consecuencia, existe una contradicción y duda sobre la utilización de un arma blanca para cometer los hechos, duda que debió favorecerlo.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SUSTENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

SEXTO. El principio de presunción de inocencia, consagrado en el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política, prescribe que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad¹. Conforme con la doctrina y la jurisprudencia, sus dimensiones en el proceso penal son las de principio y como regla: de tratamiento, probatoria y de juicio. Como regla probatoria exige la actuación de suficiente prueba de cargo directa o indiciaria sobre la existencia del hecho y la intervención del acusado. Como regla de juicio, que si luego de la valoración de la prueba el juzgador no llega a la certeza sobre la culpabilidad del acusado, debe declarar su inocencia.

SÉPTIMO. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se encuentra consagrado en el inciso 5, artículo 139, de la Constitución. Constituye un derecho fundamental del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y asegura que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino exige que los órganos judiciales expresen las razones o las justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir

¹ Una disposición de desarrollo del mandato constitucional se encuentra en el artículo II, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, el cual precisa de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, para desvirtuar este principio-derecho fundamental; y que, en caso de duda sobre la responsabilidad penal, debe resolverse a favor del imputado.

no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso².

OCTAVO. El delito materia de acusación y condena es el de robo, previsto y sancionado en el artículo 188 CP, conforme con el cual: "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".

NOVENO. Conforme con el Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116, este delito tiene como nota esencial (que lo diferencia del delito de hurto) el empleo, por el agente, de violencia o amenaza contra la persona (no necesariamente sobre el titular del bien mueble). La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenaza (como medio para la realización típica del robo) han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento. En consecuencia, la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo.

DÉCIMO. En cuanto a las circunstancias agravantes, que en este caso corresponden a los incisos 2 (durante la noche), 3 (empleo de arma) y 4 (pluralidad de agentes), del artículo 189, del CP, representan diferentes condiciones o indicadores que circundan o concurren a la realización del delito. Su eficacia común se manifiesta como un mayor desvalor de la conducta ilícita realizada o como una mayor intensidad de reproche hacia

² STC N.º 03433-2013-PA, del 8 de marzo de 2014, f.j. 4.

el delinciente, con la cual se justifica el incremento de la punibilidad y penalidad que corresponde aplicar al autor o partícipe del hecho punible³.

DECIMOPRIMERO. Como el caso que nos ocupa quedó en **grado de tentativa**, es de anotar que la realización de un delito pasa por dos fases: interna y externa. La fase interna se desarrolla en la mente del autor, esta etapa comprende el desarrollo de la idea delictiva. La fase externa implica la exteriorización de la fase interna al mundo⁴. En esta etapa se ubican los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento.

Los actos ejecutivos del delito se refieren específicamente a la realización de la conducta delictiva. Cuando el emprendimiento de los actos ejecutivos no llega a consumar el delito por causas ajenas a la voluntad del autor, tiene lugar lo que se conoce como tentativa.⁵ Institución que se encuentra prevista en el artículo 16 del CP y que es punible, aunque con una atenuación prudencial de la pena prevista para el delito consumado.

DECIMOSEGUNDO. Respecto a la **prohibición de regreso**, este Supremo Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que se configura una causal de exclusión de la tipicidad denominada prohibición de regreso, cuando no se puede responsabilizar penalmente a una persona por un ilícito que causó o favoreció en su comisión mediante un comportamiento gestado como parte de su rol social (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar de que sea posible que otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo⁶.

³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2017, p. 117.

⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2006, pp. 415 y 416.

⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Ideas Solución Editorial, 2019, p. 811.

⁶ Recursos de nulidad números 1645-2018/Santa y 186-2019/Lima Norte, del 9 de enero de 2019 y 21 de octubre de 2020, ambos de esta Sala Penal Transitoria.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

DECIMOTERCERO. Según la defensa del sentenciado Maldonado Garcia su patrocinado no participó en los hechos atribuidos y su actuación se limitó a desplazar en un vehículo menor (mototaxi) a su cosentenciado Ayllon Espinoza, sin tener conocimiento del robo que este intentaría cometer. En efecto, se observa que en su declaración preliminar del siete de abril de dos mil dieciocho (foja 32), en presencia de la fiscal provincial, y en la de juicio oral (foja 265), indicó que cuando se encontraba en el distrito de Comas se le acercó Bryan Jhuver Ayllon Espinoza y le refirió que debía hacer una cobranza en el distrito de Los Olivos, por lo que le solicitó que lo lleve, ida y vuelta, en el mototaxi que él había alquilado, por la que le pagaría veinte soles, motivo por el que aceptó llevarlo. En el mismo sentido declaró Bryan Jhuver Ayllon Espinoza, quien refirió en juicio oral (foja 263) que solicitó a Maldonado Garcia que lo acompañe a hacer una cobranza en el mototaxi que él había alquilado y cuando observó a la agraviada caminando con el celular en la mano, le pidió que detuviera el vehículo y lo esperara metros más allá, sin decirle que pretendía realizar un robo.

DECIMOCUARTO. La Sala Penal Superior desestimó dicha tesis defensiva con base en la declaración de la agraviada quien, contrario a lo que sostuvo la defensa en su recurso, sí compareció en el juicio oral (foja 306) y ratificó su manifestación policial que brindó en presencia de la fiscal provincial (foja 29). En el plenario precisó que Ayllon Espinoza, quien la acogotó a fin de robarle el celular, bajó de un mototaxi que era conducido por Maldonado Garcia, y al intentar huir fue retenido por los vecinos del lugar que salieron en su ayuda. Su versión ha sido corroborada por el efectivo policial Julio César Mujica Chávez, quien en su manifestación policial (foja 27), ratificada en el juicio oral (foja 309), sostuvo que cuando realizaba patrullaje motorizado visualizó un grupo de personas que habían retenido al conductor de un mototaxi, esto es, a Maldonado Garcia, quien momentos antes había participado en el intento de robo en perjuicio de la agraviada.

DECIMOQUINTO. Asimismo, las declaraciones precedentes fueron contrastadas con la diligencia de visualización del video de una cámara de seguridad, según la cual se observó el momento en que Ayllon Espinoza se abalanzó sobre la agraviada y empezó a forcejar con ella, para luego correr a un mototaxi que se estacionó frente a ellos al que subió y luego bajó ya que una turba aproximada de seis personas intervino, por lo que corrió y quedó solamente el conductor Maldonado Garcia, quien fue retenido por los vecinos (foja 41).

De lo expuesto, se concluye que, si bien el recurrente Maldonado Garcia adujo que solo actuó como conductor del mototaxi sin tener conocimiento de lo que su cosentenciado pretendía hacer, se estableció mediante el análisis de las citadas declaraciones y la visualización del video de una cámara de seguridad que su conducta no se circunscribió al rol de un ciudadano que solo se limitó a prestar sus servicios de conducción de un vehículo, sino por el contrario actuó en un contexto criminal, ya que actuó como apoyo logístico y esperó a su cosentenciado con el mototaxi encendido, para que estuviera listo para huir, lo que no logró porque fue retenido por los vecinos del lugar. En ese sentido se determina su intervención en los hechos en calidad de coautor.

DECIMOSEXTO. Aunado a lo anterior, Ayllon Espinoza reconoció haber sido el encargado de alquilar el mototaxi⁷ y reconoció que sí sabía manejar. Por su parte, Maldonado Garcia confirmó que tenía conocimiento de que su cosentenciado sabía manejar el referido vehículo. Por lo que, no resulta lógico que Ayllon Espinoza le haya pedido que condujera el citado vehículo, cuando él sabía manejarlo.

DECIMOSEPTIMO. Sobre la presunta contradicción entre el contenido del acta de intervención policial (foja 8) y la de registro del vehículo menor (foja 10), se verifica que en ambas Maldonado Garcia la suscribió e imprimió su

⁷ Cuyo propietario era Nelson Coronel Ramírez, quien el 11 de abril de 2018 presentó un escrito de devolución de vehículo, en el que indicó que lo alquiló a Bryan Jhuver Ayllon Espinoza por la suma de treinta soles diarios, para la prestación de servicio público (foja 126).

huella digital. En la primera se describió que a las 21:50 minutos, en la intersección de los jirones Río Mantaro y Río Huaura, se intervino a Maldonado Garcia por los hechos anteriormente descritos, diligencia que concluyó a las 22:30 minutos. Mientras que la segunda indica que el registro vehicular inició a las 22:10 minutos y concluyó cinco minutos después. De manera que la diferencia horaria entre ambas actas es de minutos, lo que no permite deducir contradicciones que les reste mérito probatorio.

DECIMOCTAVO. Con relación al cuestionamiento planteado por la defensa de Bryan Jhuver Ayllon Espinoza, se circunscribe específicamente a la configuración de la agravante a mano armada. En ese sentido, conforme con el principio de congruencia recursal⁸ –denominado también principio de limitación– el pronunciamiento de este Supremo Tribunal se limitará a este extremo.

Al respecto, la Sala Penal Superior dio por acreditada la circunstancia agravante de uso de arma blanca con el acta de registro vehicular en la que se describió que en el asiento posterior del conductor se encontró un desarmador con punta de acero filosa que tenía un mango color blanco con naranja envuelto en una cinta negra; la manifestación policial de la agraviada, ratificada en juicio oral, en la que sostuvo que cuando Ayllon Espinoza se le acercó para cogerla del cuello le mostró un objeto punzocortante, el cual reconoció cuando los efectivos policiales le mostraron el objeto hallado en el mototaxi; y el acta de visualización del CD ya detallada.

Sobre este cuestionamiento, se tiene en consideración que si bien el desarmador es una herramienta que puede ser utilizada en la reparación de

⁸ Implica que el ámbito de la resolución únicamente se circunscribe a las cuestiones promovidas en el respectivo recurso; en consecuencia, determina los límites de revisión por parte del órgano superior en grado, en este caso, del Supremo Tribunal. Por este principio expresado en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devuelto como apelado), la autoridad jurisdiccional que conoce un medio impugnatorio debe circunscribirse a los agravios aducidos por las partes en su recurso impugnatorio presentado. Cfr. Casaciones números 215-2011/Arequipa y 147-2016/Lima, así como la STC N.º 05975-2008-PHC/TC.

un mototaxi, las máximas de experiencia indican que deben encontrarse en un lugar específico donde se guarden otras herramientas con la misma finalidad, pero no en el asiento posterior.

DECIMONOVENO. En atención a las razones expuestas, este Supremo Tribunal concluye que la Sala Superior valoró correctamente las pruebas actuadas, que permiten desvirtuar la presunción de inocencia que como derecho fundamental les asistía a los sentenciados. En ese sentido, la condena debe ser ratificada.

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

VIGÉSIMO. Como se anotó en este caso el delito materia de condena es el de robo con las tres circunstancias agravantes ya anotadas, cuya pena abstracta es no menor de doce ni mayor de veinte años de privación de la libertad y respecto del cual el fiscal superior solicitó doce años. La Sala Superior determinó la pena concreta de Bryan Jhuver Ayllon Espinoza, en **ocho años**⁹, en atención a que se configuró la causal de disminución de punibilidad, – a razón de que el delito quedó en grado de tentativa¹⁰-. En ese sentido la pena debe ser ratificada.

VIGESIMOPRIMERO. Con relación al sentenciado Elio Ferssen Maldonado Garcia, el fiscal superior requirió se le imponga veinte años de pena privativa de libertad por su condición de reincidente. La Sala Superior consideró que dicha pretensión no fue debidamente planteada en la acusación y, por lo tanto, no fue sometida a contradicción en el juicio oral.

Al respecto, según el certificado judicial de antecedentes penales del nueve de abril de dos mil dieciocho (foja 106), Maldonado Garcia registra tres sentencias condenatorias, dos por el delito de robo con agravantes y una por hurto con agravantes, las tres con pena privativa de libertad suspendida

⁹ Sentenciado que se encuentra privado de su libertad desde el 14 de mayo de 2018.

¹⁰ Se encuentra prevista en el artículo 16 del Código Penal, la cual, por su propia función, opera disminuyendo la pena por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. Casación N.º 997-2017/Arequipa del 10 de mayo de 2018, Sala Penal Permanente, f.j. 8. En igual sentido, el Recurso de Nulidad N.º 40-2020/Lima Sur del 12 de noviembre de 2020, Sala Penal Permanente, f.j. 3.9.

en su ejecución. Por tanto, no tiene la calidad de reincidente conforme con el artículo 46-B del CP¹¹.

VIGESIMOSEGUNDO. La Sala Penal Superior descartó la configuración de la reincidencia y consideró que Maldonado Garcia colaboró en la identificación de Ayllon Espinoza; sin embargo, en la aplicación de la disminución de la punibilidad por tentativa, consideró que le correspondía solo dos años, por lo que le impuso diez años de pena privativa de libertad. En criterio de este Supremo Tribunal también le corresponde una reducción de cuatro años, y en consecuencia la pena concreta se determina **en ocho años.**

Ahora bien, según el oficio N.º 1616-2018-72-5 SPL/CSJLN/PJ¹², la Quinta Sala Penal de Apelaciones informó que Maldonado García fue detenido el treinta y uno de enero de dos mil veintiuno, y dispuso su internamiento. En ese sentido, la nueva pena impuesta por este Supremo Tribunal deberá computarse desde esta fecha.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil diecinueve, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que **condenó** a **ELIO BRYAN JHUVER AYLLON ESPINOZA** y **FERSSEN MALDONADO GARCIA** como coautores de la tentativa del delito de robo con agravantes, en perjuicio de Cintya Elizabeth Sernaqué Lozada; y le impuso a **BRYAN JHUVER AYLLON ESPINOZA** ocho años de pena privativa de la libertad.

¹¹ La reincidencia, se configura cuando después de haber cumplido en todo o en parte una pena, se incurre en nuevo delito doloso dentro de un plazo de cinco años; no obstante, su aplicación requiere la verificación de algunos requisitos, entre ellos, que la pena privativa de libertad impuesta sea efectiva, conforme con el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116. Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.
¹² Del 1 de febrero de 2021.



II. DECLARAR HABER NULIDAD en el extremo que le impuso a **ELIO FERSEN MALDONADO GARCIA** diez años de pena privativa de la libertad. **REFORMÁNDOLA**, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, la cual computada desde el treintauno de enero de dos mil veintiuno vencerá el treinta de enero de dos mil veintinueve. Fijó el pago solidario de ochocientos soles como reparación civil en favor de la agraviada, con lo demás que contiene.

III. DISPONER que se devuelvan los autos a la Sala Superior y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos por licencia del magistrado supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RÍOS

SYCO/aksv