



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA RECURSO DE NULIDAD N.º 404-2020 LIMA SUR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE
SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas
SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: BROUSSET SALAS RICARDO
ALBERTO / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 21/03/2022 13:53:19 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PRADO
SALDARRIAGA VICTOR
ROBERTO / Servicio Digital - Poder
Judicial del Perú
Fecha: 23/03/2022 12:16:02 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: CASTAÑEDA
OTSU SUSANA YNES / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/03/2022 23:20:35 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PACHECO
HUANCAS IRIS ESTELA / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 29/03/2022 12:01:45 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: GUERRERO
LOPEZ IVAN SALOMON / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 22/03/2022 22:49:48 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electrónicas SINOE

SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala - Suprema: ORE
DIAZ RAFAEL ALEJANDRO
/ Servicio Digital - Poder Judicial del
Perú
Fecha: 31/03/2022 15:27:26 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Robo agravado y prueba suficiente para condenar

Sumilla. En este sentido, el tribunal que emitió la sentencia materia de grado tuvo en cuenta la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo que inciden, sustancialmente, en la incompatibilidad de dichos cambios normativos con la Constitución y en la declaratoria de inconstitucionalidad de toda aquella exclusión legal que recaiga sobre la aplicación del beneficio de responsabilidad restringida en razón del delito incurrido. No se advierte agravio de alcance constitucional en dicho extremo.

Lo expuesto permite establecer que, contrario a lo postulado por la defensa recurrente, la sentencia recurrida cumple con los principios constitucionales de motivación suficiente, debido proceso y tutela judicial efectiva, verificándose que a lo largo del plenario se han garantizado los derechos y garantías del sentenciado, fundamentalmente en lo referido al derecho de defensa y a la prueba. Se advierte debidamente señalados los fundamentos fácticos y jurídicos que permiten sustentar el grado de participación y la condena impuesta en su contra, fundamentos que revisten entidad suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia que ostenta; por lo que se concluye que la condena dictada se ajusta a lo previsto en el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales.

Lima, veintitrés de febrero de dos mil veintidós

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el **representante de Ministerio Público** y los encausados **Jesús Alberto Guerrero Huapaya** y **Tommy Aldair Cuéllar Zeta**, contra la sentencia del cuatro de diciembre de dos mil diecinueve (folio 451), emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que los condenó como coautores del delito contra el patrimonio-robo agravado, en perjuicio de Oddin Joel Quispe Mendoza y, como tal, impusieron a Jesús Alberto Guerrero Huapaya nueve años de pena privativa de libertad, y a Tommy Aldair Cuéllar Zeta siete años de pena privativa de libertad, así como fijaron en S/1000,00 (mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar en

forma solidaria a favor del agraviado. Con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **Brousset Salas**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

Primero. Según Dictamen Fiscal N.º 895-2017-FSPP-DFLS (foja 180), se atribuye a los acusados Jesús Alberto Guerrero Huapaya y Tommy Aldair Cuellar Zeta haber actuado durante la noche, de manera concertada y haciendo uso de la violencia, para despojar de sus pertenencias al agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza. El doce de octubre de dos mil catorce a las tres y treinta de la madrugada, aproximadamente, cuando el agraviado se encontraba transitando con Grace Castañeda Ríos por la intersección de las avenidas Mariátegui y Revolución (distrito de Villa el Salvador), se le aproximaron un grupo de jóvenes, entre los cuales se encontraban los acusados, quienes se abalanzaron sobre el agraviado. Tommy Aldair Cuellar Zeta lo cogió del cuello, mientras Jesús Alberto Guerrero Huapaya le rebuscaba los bolsillos, de manera que lograron despojarlo de su teléfono celular marca Nextel, color negro, y de la suma de S/60,00 (sesenta soles). Seguidamente, un patrullero policial que se encontraba por el lugar logró intervenir a los acusados, y al efectuar el registro personal al procesado Tommy Aldair Cuellar Zeta, se le encontró en poder de una cadena de propiedad del agraviado, por lo que fueron conducidos a la comisaría.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Segundo. La Sala Superior, mediante la sentencia del cuatro de diciembre de dos mil diecinueve (folio 451), condenó a Jesús Alberto

Guerrero Huapaya y Tommy Aldair Cuéllar Zeta en atención a los siguientes fundamentos:

- 2.1.** El agraviado en su manifestación policial narró haber sido víctima del violento despojo de su cadena de plata, dinero y teléfono celular y sindicó directa y categóricamente al acusado Cuéllar Zeta como la persona que lo cogió del cuello y le amenazaba, y a Guerrero Huapaya como el que le rebuscó los bolsillos.
- 2.2.** Si bien durante el juicio oral el agraviado trató de exculparlos y varió su relato incriminatorio, debe tenerse en cuenta que también aseveró que no recibió la notificación judicial, y que concurrió al plenario debido a que la madre del encausado Cuéllar Zeta fue a su casa para pedirle que fuera a declarar porque su hijo es inocente; por lo que es evidente que su versión de retractación fue motivada por la presión ejercida por la progenitora de uno de los procesados.
- 2.3.** Como pruebas periféricas que corroboran la versión condenatoria, se tiene la versión del efectivo policial Édgar Freddy Ayala Barrientos, quien refirió que capturó a Guerrero Huapaya, elaboró el acta de registro personal, y los agraviados lo reconocieron, versión que fue ratificada durante el plenario. Ello lo corrobora el efectivo policial André Chipana Lucana y la declaración de Grace Castañeda Ríos prestada a nivel preliminar, quien precisó que el acusado Cuéllar Zeta lo cogió del cuello y Guerrero Huapaya le registró los bolsillos, despojándolo de su cadena de plata, celular y dinero en efectivo. Se verifica que su versión es idéntica a lo manifestado por el agraviado, así como a lo expuesto por los efectivos policiales.

- 2.4.** Si bien documentariamente no se acreditó la preexistencia de los bienes, la jurisprudencia ha establecido que es suficiente la versión consistente y persistente de la víctima sobre ese extremo, lo cual ocurre en el presente caso, ya que el agraviado fue perseverante y firme con sus versiones.
- 2.5.** Como circunstancia atenuante, el procesado Cuéllar Zeta es agente primario; sin embargo, el acusado Guerrero Huapaya registra una sentencia condenatoria del seis de diciembre de 2016 por delito de robo agravado; por lo tanto, en este caso es de aplicación el concurso real retrospectivo previsto en el artículo 51 del Código Penal. A la fecha de perpetrado los hechos, Cuéllar Zeta tenía dieciocho años; por lo que, se encuentra dentro de los alcances de la responsabilidad restringida, motivo por el cual se le rebaja dos años por debajo del mínimo legal. Abona el estado etílico en que se encontraban ambos acusados, el cual si bien no está determinado con una pericia de dosaje etílico, la testigo presencial de los hechos Grace Castañeda Ríos sostuvo que: “estaban fumados porque hablaban incoherencias y estaban descontrolados”, lo cual se coincide con lo sostenido por los procesados, quienes señalaron que momentos previos se encontraban ingiriendo licor; por lo que, es aplicable la rebaja de la pena prevista por el artículo 21 del mismo cuerpo legal, razón por la cual se rebaja tres años a cada procesado.

DELIMITACIÓN DE AGRAVIOS

Tercero. La defensa del encausado Tommy Aldair Cuéllar Zeta, en su recurso de nulidad del diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve (folio 473), solicitó se declare nula la sentencia y la consecuente absolución del sentenciado. Puntualizó lo siguiente:

- 3.1.** No se efectuó una debida apreciación de los hechos materia de inculpación. Tampoco se compulsó adecuadamente los medios de pruebas ofrecidos en el proceso. La Sala Superior realizó una apreciación antojadiza.
- 3.2.** El sentenciado demostró que siempre trabajó. Cuando le inculpan la participación de robo él estaba trabajando en la empresa Figueroa Chen, y actualmente en la empresa Concitec.
- 3.3.** No se tuvo en cuenta que el agraviado se retractó de la declaración primigenia. Tampoco se certificó la hora de los hechos.
- 3.4.** El efectivo policial Andrés Chipana Lucana (foja 371) manifestó en la novena sesión del juicio oral que no recuerda sobre los hechos; sin embargo, la Sala Superior lo coaccionó y le preguntó si se ratifica en su firma, a lo que respondió que se ratifica en su firma, pero no se acordaba el contenido.
- 3.5.** En ninguna circunstancia se apersonó a la audiencia la testigo Grace Castañeda Ríos; por lo que la sala violó el principio de contradicción.
- 3.6.** No se acreditó la preexistencia de los bienes conforme a los numerales 1 y 2, del artículo 201, del Código Procesal Penal.

Cuarto. La defensa del encausado Jesús Alberto Guerrero Huapaya, en su recurso de nulidad del dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve (folio 499), solicitó la absolución del sentenciado. Precisó lo siguiente:

- 4.1.** No se efectuó una debida apreciación jurídica (subsanción de incoherencias) de los hechos materia de imputación, ni se

examinó, verificó, compulsó o probó adecuadamente las pruebas ofrecidas en juicio oral.

- 4.2.** No se resolvieron los planteamientos de la defensa. No se precisó con exactitud el lugar de los hechos, lo que recorta el derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y derecho de defensa. Por ello se realizó una interpretación personal y diferente a los hechos debatidos en juicio oral.
- 4.3.** Tampoco se valoró objetivamente la hora de intervención policial, ya que el efectivo policial interviniente precisó 04:20 a. m., la hora de detención policial de Jesús Alberto Guerrero Huapaya se registró a las 05:15 a. m., lo cual difiere con la hora 03:30 a. m. y el lugar del hecho o los lugares del hechos, donde fue agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza.
- 4.4.** En la sentencia se advierte un interés particular de causar daño a las personas, interpretando hechos no probados y en contra de la voluntad manifestada por las partes.

Quinto. Por su parte, el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve, impugnó el extremo de la pena impuesta a Tommy Aldair Cuéllar Zeta sobre la base de los siguientes argumentos:

- 5.1.** No se meritaban correctamente las circunstancias que existen a fin de interponer la pena al procesado Tommy Aldair Cuéllar Zeta.
- 5.2.** Si bien a la fecha de los hechos el acusado en mención tenía dieciocho años —lo cual es una circunstancias atenuante para la aplicación de la pena—, en dicha fecha nuestro ordenamiento

jurídico señalaba expresamente que no era de aplicación tal norma si el agente hubiese cometido, entre otros, el delito de robo agravado (segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal).

- 5.3.** La pena por imponerse al procesado Tommy Aldair Cuellar Zeta debe corresponder a la misma que se impuso a su coprocesado Jesús Alberto Guerrero Huapaya, es decir, nueve años de pena privativa de libertad, solo a la responsabilidad atenuada prescrita en el artículo 21 del Código Penal.

FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sexto. Para la imposición de una condena es preciso que el juzgador haya llegado a un nivel certeza respecto a la responsabilidad penal del procesado, la cual solo puede ser generada mediante una actuación probatoria suficiente que permita crear convicción de culpabilidad.

Séptimo. En principio, la calificación jurídica de la conducta ilícita atribuida a los encausados Jesús Alberto Guerrero Huapaya y Tommy Aldair Cuéllar Zeta se enmarcó en el artículo 188, concordado con los incisos 2 y 4, del primer párrafo, del artículo 189 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 30076.

Sobre el hecho incriminado, fluye de la postulación acusatoria que la imputación y posterior convicción de la responsabilidad ha tenido como base sustancial la incriminación formulada por el agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza y su acompañante, la testigo Grace Castañeda Ríos. No obstante, deberá verificarse la concurrencia de puntos esenciales que se constaten incólumes en la investigación.

Octavo. Se advierte que en la sentencia impugnada se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, en lo referido a las garantías de certeza para la sindicación de los agraviados. En primer lugar, la incriminación del agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza fue incorporado a nivel preliminar, quien mantuvo un relato coherente, uniforme y concreto narrando la participación de los sentenciados en el robo perpetrado en su agravio y la violencia ejercida por estos.

Noveno. El agraviado señaló a nivel policial (folio 21), con participación del representante del Ministerio Público, cómo ocurrió el delito y la actuación delictuosa de los recurrentes. Narró que el doce de octubre de dos mil catorce, a las 03:30 a. m., aproximadamente, cuando se encontraba en la avenida José Carlos Mariátegui y en compañía de Grace Castañeda Ríos, varios jóvenes se abalanzaron contra él, lo golpearon en la nariz y le robaron S/60,00 (sesenta soles), su celular negro marca Nextel, y una cadena de plata que portaba en el cuello, momento en que llegaron dos patrulleros y lograron capturar a dos de los involucrados. Reconoció a Tommy Aldair Cuéllar Zeta por su vestimenta como la persona que lo sujetó del cuello y le arrebató su cadena, y a Jesús Alberto Guerrero Huapaya porque logró observarle el rostro.

Dicho reconocimiento se reiteró en el Acta de Reconocimiento Físico de Persona (folio 29) donde el agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza, en presencia del representante del Ministerio Público y asesorado por su abogado defensor, indicó las características físicas de los encausados (uno trigueño y de baja estatura, y el otro de estatura media, tes trigueña, vestía casaca negra y gorra) y reconoció en rueda a ambos encausados, de manera que insistió que Tommy Aldair Cuéllar Zeta lo sujetó del

cuello y le arrebató su cadena, mientras que Jesús Alberto Guerrero Huapaya le rebuscó los bolsillos.

Décimo. Dicha versión encuentra verosimilitud externa en las corroboraciones periféricas, concomitantes y plurales. En principio, al estar corroborada con la declaración a nivel preliminar de la testigo Grace Castañeda Ríos (folio 25), incorporado mediante oralización en el plenario (véase acta de la decimoséptima sesión de juicio oral, folio 437), quien mencionó que a las 03:30 horas, aproximadamente, del doce de octubre de dos mil catorce, por inmediaciones de las avenidas Mariátegui y Revolución, catorce sujetos se acercaron con el fin de robarles. Señaló que huyó del lugar; pero a diez metros pudo observar como ejecutaban el robo: Tommy Aldair Cuéllar Zeta cogió del cuello al agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza, mientras que Jesús Alberto Guerrero Huapaya le registró los bolsillos. Agregó que uno llevaba puesto una casaca negra, de estatura alta, contextura delgada, tez trigueña; mientras que el otro sujeto era bajo de estatura, casaca azul marino y gorra.

Asimismo, los efectivos policiales Édgar Freddy Ayala Barrientos y André Chipana Lucana, brindaron su manifestación durante en decurso del proceso. Édgar Freddy Ayala Barrientos manifestó en sede indagatoria (folio 79) que cuando se encontraba a bordo de un patrullero en las inmediaciones de las avenidas Mariátegui y Revolución, observó que un efectivo policial perseguía a una persona; por lo que hizo lo propio y logró capturarlo e identificarlo como Jesús Alberto Guerrero Huapaya, y luego realizó el acta de registro personal (folio 27). Durante el plenario (véase acta de decimoprimer sesión de juicio oral del once de octubre de dos mil diecinueve, folio 397), mencionó que los hechos ocurrieron en las inmediaciones de la avenida Mariátegui con Revolución (a la espalda de un grifo), y que, al realizarles el registro personal, a uno de los intervenidos se

le encontró una cadena. Asimismo, de forma voluntaria se ratificó del contenido y firma del acta de registro personal que suscribió.

Por su parte, el personal policial André Chipana Lucana indicó durante el plenario (véase acta de la novena sesión de juicio oral del veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve, folio 371), que a la data de los hechos laboraba en el escuadrón de emergencia de la Policía Nacional y que la intervención se suscitó en la intersección de las avenidas Mariátegui y Revolución. Además, ratificó el contenido de la Ocurrencia de calle común N.º 1323 (folio 2).

Dichas acotaciones invocan precisiones concretas suficientes para dotar de verosimilitud interna a la sindicación esgrimida por el agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza y versiones compatibles a su narración.

Decimoprimer. Aunado a ello, se cuenta con el Acta de Registro Personal (folio 28), suscrito por el encausado Tommy Aldair Cuéllar Zeta, en el cual se constató que se encontró una cadena de plata en el bolsillo izquierdo del pantalón del encausado Tommy Aldair Cuéllar Zeta, objeto que reconoció el agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza de su propiedad.

Decimosegundo. Ahora bien, se aprecia que durante el plenario (folio 322) el agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza señaló que por la cólera de haber sido víctima de robo, sindicó a los encausados pese a que no tenía la certeza, de manera que se habría producido una retractación de su incriminación. En este orden de ideas, se debe traer a colación el criterio desarrollado por esta Suprema Sala en el Recurso de Nulidad N.º 3044-2004/Lima que indica:

Es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente

exigibles –situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del fiscal y en su caso, del abogado defensor–, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones.

Así, se advierte que el agraviado Oddin Joel Quispe Mendoza en su declaración primigenia proporcionó información coherente sobre el evento delictivo que, además, se condice con la versión esgrimida por los efectivos policiales que participaron de la intervención de los encausados, y de la testigo Grace Castañeda Ríos. En este sentido, pese a que haya variado su versión en el plenario, resulta oportuno otorgar mayor credibilidad a la primera declaración sostenida a nivel de instrucción.

Asimismo, no se han incorporado evidencias tangibles e inequívocas que permitan establecer que los cargos que formuló el agraviado a los recurrentes se encuentren motivados única y exclusivamente por el odio o rencor que haya concebido precedentemente al hecho denunciado. El agraviado no ha señalado durante el proceso que hayan tenido problemas con los encausados, por el contrario, señaló no conocerse.

De esta manera, es admisible colegir que la retractación del agraviado se produjo por persuasión humanitaria de la madre del encausado Tommy Aldair Cuéllar Zeta, conforme el agraviado indicó durante el juicio oral: “La mamá de Tommy me buscó a mi domicilio [...] me hizo entrar en razón de que ellos no fueron”. Asimismo, su sindicación se sostiene no solo por su declaración, sino también su posterior acto de reconocimiento en rueda, de manera que en ambos contextos detalló de forma espontánea las características físicas de los encausados.

Decimotercero. En cuanto al cuestionamiento de la defensa

respecto a la preexistencia de los bienes objeto de sustracción, esto es, el celular marca Nextel, la cadena de plata y la suma de S/60,00, corresponde remitirnos al criterio desarrollados por el Tribunal Constitucional, en la sentencia contenida en el expediente 0198-2005-HC/TC, que refiere:

Respecto al alegato del recurrente de que no se habría demostrado la preexistencia del bien materia del delito, este Colegiado considera que aun cuando el derecho a la prueba constituye un elemento del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza el imputado; en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional —sana crítica—. En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios, sin que estos tengan asignado un valor predeterminado.

De modo que, aun cuando no exista boleta, factura y/o comprobante de pago que corrobore la cuantía, es válido el juicio que tiene por acreditada la preexistencia del bien sustraído, que se asiente en prueba personal¹.

En el caso, la prueba actuada permite establecer el cumplimiento de actividad probatoria referida. Así, se tiene la declaración del agraviado, quien señaló haber sido objeto del robo de un celular y una cadena de plata. Esto último fue efectivamente identificado e incluso devuelto al agraviado (folio 31). No haber encontrado en poder del sentenciado los bienes sustraídos no desmerece la materialidad de los bienes.

Decimocuarto. La defensa señala que no se habría certificado la hora de los hechos. Sin embargo, de la revisión de las

¹ Recurso de Nulidad N.º 114-2014/Loreto, del veintidós de septiembre de dos mil quince. Fundamento quinto.

declaraciones esgrimidas y las instrumentales, se aprecia que los hechos y posterior captura de los encausados se habrían suscitado entre las 03:30 y 4:20 de la mañana del doce de octubre de dos mil catorce. Resulta intrascendente el cuestionamiento realizado en este extremo, en tanto está acreditada la proximidad entre la realización del evento delictivo y la aprehensión de los imputados.

Decimoquinto. Asimismo, la defensa denuncia vulneración al principio de contradicción, por cuanto la testigo Grace Castañeda Ríos no concurrió al plenario. No obstante, se aprecia que su declaración vertida a nivel preliminar fue incorporada mediante oralización (véase acta de la decimoséptima sesión de juicio oral, folio 437) y fue sometido a debate. De este modo se dio cumplimiento a lo previsto en los artículos 72 y 262 del Código de Procedimientos Penales y se garantizó tal principio, así como su derecho de defensa.

Es pertinente mencionar que la evaluación conjunta de las pruebas incorporadas ha permitido establecer el dominio funcional del hecho delictuoso que tuvieron los encausados Jesús Alberto Guerrero Huapaya y Tommy Aldair Cuéllar Zeta en la perpetración de su rol.

Decimosexto. Lo expuesto permite establecer que, contrario a lo postulado por la defensa recurrente, la sentencia recurrida cumple con los principios constitucionales de motivación suficiente, debido proceso y tutela judicial efectiva, verificándose que a lo largo del plenario se han garantizado los derechos y garantías del sentenciado, fundamentalmente en lo referido al derecho de defensa y a la prueba. Se advierte debidamente señalados los fundamentos fácticos y jurídicos que permiten sustentar el grado de participación y la condena impuesta en su contra, fundamentos

que revisten entidad suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia que ostenta; por lo que se concluye que la condena dictada se ajusta a lo previsto en el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales.

Decimoséptimo. Sobre el extremo de la pena al encausado Tommy Aldair Cuéllar Zeta impugnado por el representante del Ministerio Público, debemos indicar que, en efecto, mediante el artículo 1 de la Ley N.º 30076 (publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece y vigente a la data de los hechos) se excluyó a los agentes que hayan incurrido en el delito de robo agravado:

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (subrayado nuestro).

Decimoctavo. Dichas exclusiones fueron discutidas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Es cierto que con el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, actualmente se excluye los efectos de la responsabilidad restringida para los casos de robo agravado. No obstante, esto no debe entenderse como una prohibición absoluta y sin matizaciones. La jurisprudencia ya puntualizó:

Los jueces penales [...] están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo, del artículo 22, del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente– que impidan un resultado jurídico legítimo².

² SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico decimoprimer.

Dicha línea jurisprudencial se ratificó en otro pronunciamiento, donde se determinó:

La ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente [...]. Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación. [...] La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano³.

De este modo se ha instituido como jurisprudencia constante la aplicación de la cláusula aminorativa del primero párrafo, del artículo 22, del Código Penal, para el agente que incurra en cualquier clase de delito.

Decimonoveno. En este sentido, el tribunal que emitió la sentencia materia de grado tuvo en cuenta la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo que inciden, sustancialmente, en la incompatibilidad de dichos cambios normativos con la Constitución y en la declaratoria de inconstitucionalidad de toda aquella exclusión legal que recaiga sobre la aplicación del beneficio de responsabilidad restringida en razón del delito incurrido. No se advierte agravio de alcance constitucional en dicho extremo.

Vigésimo. Finalmente, para identificar el espacio punitivo se tomó en cuenta la escala punitiva del artículo 189 del Código Penal, y se consideró para efectos de la reducción punitiva el estado ético en

³ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, fundamentos jurídicos decimocuarto y decimoquinto.

que se encontraban ambos acusados, por lo que la pena conminada a ambos sentenciados se estableció por debajo del mínimo legal de la pena abstracta, motivación expresada en la sentencia materia de impugnación. Al no haber recurrido el fiscal este extremo, este Tribunal Supremo se encuentra impedido de incrementar la pena, debido a la prohibición de la reforma en peor. Por tanto, la pena debe ser confirmada.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de nulidad materia de grado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, las juezas y los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la Sentencia del cuatro de diciembre de dos mil diecinueve (folio 451), emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que los condenó como coautores del delito contra el patrimonio-robo agravado, en perjuicio de Oddin Joel Quispe Mendoza y, como tal, impusieron a Jesús Alberto Guerrero Huapaya nueve años de pena privativa de libertad, y a Tommy Aldair Cuéllar Zeta siete años de pena privativa de libertad, así como fijaron en S/1000,00 (mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar en forma solidaria a favor del agraviado. Con lo demás que contiene. Ordenaron se devuelvan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley y se haga saber a las partes procesales apersonadas en esta Sede Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 404-2020
LIMA SUR**

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

RBS/jps