

La tentativa como circunstancia atenuante privilegiada

Sumilla. El artículo 16, concordante con el numeral tres, del artículo 45-A, del Código Penal; la tentativa como circunstancia atenuante privilegiada produce que la determinación de la pena pueda imponerse por debajo del mínimo legal.

Lima, ocho de junio de dos mil diecisiete

VISTO: el recurso de nulidad formulado por el encausado JONATHAN LAZO CARDOZA, contra la sentencia del veintiocho de enero de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor del delito de robo agravado, en perjuicio de Miler Javier Rodríguez Fuentes; y como tal le impusieron doce años de pena privativa de libertad, y fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado. Con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

Primero. Agravios planteados. La defensa técnica del encausado JONATHAN LAZO CARDOZA solicita, en su recurso impugnatorio, la nulidad del fallo condenatorio y la absolución de los cargos formulados en su contra. Como agravio sostiene que se incurrió en una indebida valoración del caudal probatorio, con lo que se afectaron las garantías a la presunción de inocencia y debida motivación de resoluciones judiciales, concretado en lo siguiente:

1.1. No existe actividad probatoria suficiente ni análisis lógico valorativo de los hechos que causen convicción respecto de la responsabilidad del recurrente.

1.2. No se valoró la declaración exculpatoria del recurrente, la que se encuentra corroborada con la declaración de sus coencausados José Luis Bramon Valenzuela y Elvis Eder Tello Ruiz, quienes negaron que su patrocinado haya tenido conocimiento del robo que pretendían realizar.

1.3. La sola sindicación del agraviado resulta insuficiente para sustentar un juicio de condena, dado que en ningún momento refiere que el recurrente le arrebató sus pertenencias. Asimismo, advierte que este no ha concurrido a sede judicial a ratificar su versión primigenia.

1.4. Existe duda en la versión del agraviado con respecto a la identificación que hizo en el acta de reconocimiento físico, aunado a los defectos formales en la realización de dicha diligencia.

1.5. Existen circunstancias concomitantes exculpatorias omitidas en la valoración de la sentencia recurrida, como: la imposibilidad de que pueda ser reconocido por el agraviado, dado a que el recurrente nunca abandonó el vehículo; al igual que las armas de fuego incautadas eran de sus coprocesados, ello en relación con la versión del agraviado de que los dos asaltantes portaban armas de fuego; por lo que el arma hallada en el vehículo debió ser dejada por uno de sus coencausados.

1.6. Resalta que, en todo caso, la participación de su patrocinado se circunscribió a la de un cómplice secundario; por lo que la pena debe ser reducida.

Segundo. Marco incriminatorio. De la acusación fiscal escrita se desprende que el diecisiete de abril de dos mil catorce, al promediar las diecisiete horas, cuando el agraviado Miler Javier Rodríguez Fuentes caminaba por inmediaciones del AA. HH. César Vallejo, en el distrito de Villa María del Triunfo, en la ciudad de Lima, fue interceptado por un vehículo marca Nissan, color gris plateado, con placa de rodaje N.º AO-5642, conducido por el recurrente JONATHAN LAZO CARDOZA, del cual descendieron los ya sentenciados José Luis Bramon Valenzuela y Elvis Eder Tello Ruiz. Estos últimos, premunidos con armas de fuego, redujeron y amenazaron al agraviado, a quien lograron sustraerle su teléfono móvil y la suma de cinco soles, para luego ambos huir en el mismo vehículo conducido por el recurrente.

El agraviado, de forma inmediata, con la ayuda de efectivos policiales, lograron ubicar al vehículo en mención que intentó emprender la fuga, lo

que dio inicio a una persecución hasta los límites del distrito de Villa El Salvador, donde finalmente todos sus ocupantes fueron intervenidos.

FUNDAMENTOS

Tercero. El recurrente cuestiona en sus agravios la valoración probatoria efectuada por la Sala Penal Superior; no obstante, este Supremo Tribunal advierte lo contrario, pues luego de un análisis individual e integral del acervo probatorio obrante en autos y del marco fáctico, la participación del recurrente Lazo Cardoza se encuentra acreditada con la sindicación del agraviado, quien en su manifestación policial¹ y el acta de reconocimiento físico², ambos en presencia del defensor de la legalidad, pudo reconocer al referido encausado como uno de los que participó en el evento delictivo, e incluso precisó que este se encontraba a bordo de la unidad móvil que utilizaron sus coencausados José Luis Bramon Valenzuela y Elvis Eder Tello Ruiz para huir.

3.1. Esta versión inculpativa cobra fuerza acreditativa con la declaración de sus coencausados, quienes aceptaron su participación en el evento delictivo, y decidieron acogerse a la conformidad procesal³. En el caso de Tello Ruiz, en su declaración preliminar (en presencia del representante del Ministerio Público) y en la etapa de instrucción, afirmó que el recurrente Lazo Cardoza tenía conocimiento de que iban a perpetrar el ilícito penal, y precisó que este último era quien conducía el vehículo, el mismo que utilizaron para huir luego de haber arrebatado los bienes del agraviado; incluso sostuvo que se produjo una persecución policial, pero que finalmente fueron intervenidos. Por su parte, el ahora sentenciado Bramon Valenzuela, en su declaración policial (véase a folios 32), refiere que cuando se encontraban a bordo del vehículo conducido por el recurrente decidieron interceptar al agraviado y la participación de este era esperarlos a una corta distancia con el automóvil para emprender la huida.

¹ Véase a folios 28.

² Véase a folios 59.

³ Véase sentencia conformada de folios 615.

3.2. A ello se añan, las testimoniales de los efectivos policiales Edgar Salazar Durand, Jesús Álvarez Ponce y Daniel Elías Soto, quienes ratificaron que se produjo una persecución por unos minutos al vehículo manejado por el recurrente, el mismo que pese a las advertencias de detención, continuó su marcha y, previo a su interceptación, bajó la velocidad para facilitar la fuga de los otros implicados. Asimismo, se cuenta con el acta de entrega de teléfono celular de folios 69, donde se deja constancia de que al agraviado se le devolvió su teléfono móvil sustraído en el asalto. Frente a estos elementos de cargo, que vinculan al recurrente con el evento delictivo, la ratificación del juicio de condena cuestionado resulta inminente.

Cuarto. Respecto a la versión exculpatoria, del recurrente sobre el desconocimiento del robo, dicha versión por sí sola no encuentra mayor fuerza acreditativa que pueda en algo resentir el juicio de valor cuestionado; en tanto que su coencausado Tello Ruiz afirmó que el recurrente tenía pleno conocimiento del asalto, lo que encuentra lógica en las máximas de la experiencia que nos revelan que las personas que actúan al margen de la ley tratan de no vincular a terceras personas ajenas al hecho delictivo, a efectos de evitar poner en riesgo el objetivo delictivo, como en este caso. Al tratarse de un robo al paso (modalidad utilizado por los encausados), por sus características exige que el conductor del vehículo tenga conocimiento del hecho delictivo, lo que quedó en evidencia cuando el recurrente se estacionó metros adelante para evitar ser identificado por el agraviado y, a su vez, para facilitar la huida, y su decisión de no acatar las órdenes de detención por parte de los efectivos policiales y preferir darse a la fuga.

4.1. Asimismo, respecto de las versiones de sus coencausados José Luis Bramon Valenzuela y Elvis Eder Tello Ruiz, vertidas ante el plenario, orientadas a sostener que el recurrente desconocía sobre el accionar delictivo de ambos, cabe señalar que los referidos testigos impropios se han retractado de sus versiones primigenias; en este caso, este Supremo Tribunal le otorga mayor validez a sus versiones prestadas a nivel preliminar, por

resultar coetáneas con los hechos y prestadas con las garantías de ley, las que incluso encuentran consistencia con la versión del agraviado y de los efectivos policiales.

4.2. Respecto al cuestionamiento a la declaración del agraviado Rodríguez Fuentes, es pertinente resaltar que su incomparecencia a sede judicial no es óbice para restarle valor probatorio; en tanto, en la etapa preliminar, la diligencia contó con la presencia del defensor de la legalidad; asimismo, no se advierte contradicción alguna, pues claramente narró como dos personas lo interceptaron y sustrajeron sus pertenencias, mientras que advirtió la presencia de una tercera persona a bordo de un vehículo, el mismo que utilizaron sus agresores para huir. Luego, en el acta de reconocimiento (véase folios 59), también en presencia del representante del Ministerio Público, identificó al recurrente como la persona que manejaba el vehículo en cuestión. En ambos casos no se planteó recurso de tacha contra dichos elementos de cargo, aunado a que dicha versión inculpativa se encuentra respaldada por otros elementos periféricos de cargo que permiten dotarla de aptitud probatoria.

4.3. Respecto a su grado de participación, se advierte que por la forma en que se desarrollaron los hechos existió planificación y repartición de roles para lograr alcanzar el éxito criminal, pues si bien el recurrente no era el encargado de reducir y/o sustraer las pertenencias de las víctimas; no obstante, en el contexto de actuación le correspondía desplazarse en el vehículo para buscar a sus eventuales víctimas, luego ubicarse estratégicamente y facilitar la huida de sus cómplices, como bien lo describió el agraviado; por lo que es evidente la trascendencia de la participación del encausado Lazo Cardoza en el evento delictivo, a título de coautor, y no de cómplice secundario, como pretende sostener la defensa.

4.4. Si bien el encausado cuestiona la posesión del arma de fuego, cabe resaltar que no se le imputa, en concurso real, el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, sino que la utilización de dicha arma está circunscrita con la agravante del delito de robo agravado a mano armada, la misma

que se encuentra debidamente acreditada con la versión inculpativa del agraviado y sus coencausados, como bien lo admitieron; por lo que en nada enerva que al encausado se le haya encontrado o no el arma de fuego.

Quinto. Sobre el grado de consumación del delito. Por otro lado, la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301-A, establece que: "Si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ*, y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa".

5.1. Este Supremo Tribunal, al analizar el suceso fáctico desarrollado después del desapoderamiento de los bienes sustraídos, considera que el recurrente fue intervenido en cuasiflagancia, luego de una persecución ininterrumpida y a los minutos de haberse producido el robo, lo cual evitó que el encausado pueda disponer de los mismos, constituyéndose la tentativa en el presente caso. Sumado, a que se logró la intervención de los otros dos que participaron en el evento delictivo y la posterior devolución del bien sustraído al agraviado.

5.2. Ello se corrobora con el relato del agraviado, en su declaración preliminar de folios veintitrés, cuando refiere que: "Después de asaltarme [...] mi primera reacción fue observar la zona en donde me encontraba, es así que pude divisar a un patrullero al mismo que le solicité apoyo y después de informarles lo que había pasado, de inmediato salieron en su búsqueda [...]. Fue entonces que se inició una persecución. El patrullero logró divisarlo a la altura del paradero uno, de la avenida veintiséis de noviembre-Nueva Esperanza, lugar en donde se interviene inicialmente al vehículo color plomo. Cuando el efectivo policial le hizo señales para que se estacionen, los encausados emprendieron la huida; fue en donde comienza nuevamente una persecución con dirección al distrito de Villa El Salvador. A la altura del mercado sectorial 01, se bajan los dos encausados, los mismos que me habían asaltado y es el efectivo policial de la móvil en que me encontraba que interviene al sujeto de tez morena a quien conducen a la Comisaría de Villa El Salvador, así como también observé que otras móviles policiales habían intervenido al segundo sujeto de tez blanca como también al conductor del vehículo".

5.3. Lo que se condice con la declaración de los efectivos policiales: **i)** Farid Gamarra Floreano, quien en juicio oral señaló que tres jóvenes, entre estos el agraviado, solicitaron apoyo porque habían sido víctimas de robo por

unos sujetos que huyeron en un automóvil; por lo que emprendieron su búsqueda, el cual fue visto y al percatarse de la presencia policial huyeron. Se inició entonces una persecución que duró de cinco a diez minutos, aproximadamente. Al llegar a un puente, los encausados descendieron del vehículo y lograron detener a José Luis Bramon Valenzuela. **ii)** Daniel Elías Soto, quien refirió que los encausados habían asaltado a un estudiante (el agraviado), lo que produjo que el escuadrón de la policía los siga. Al entrar a la jurisdicción de Villa El Salvador fueron intervenidos con su equipo policial en la persecución (véase a fojas 668). **iii)** Edgar Salazar Durán indicó que mientras patrullaba se percató de que un vehículo huía a toda velocidad de una unidad policial que los perseguía; motivo por el cual se unió a la persecución y logra detener a uno de los autores del robo (el encausado Jonathan Lazo Cardoza), a quien le incautó un arma de fuego (véase a fojas 683 vuelta). Lo mismo refiere el efectivo policial Jesús Álvarez Ponce, quien detuvo a Elvis Eder Tello Ruiz (véase a fojas 50 y 222). Este último también señaló que minutos después de perpetrar el robo fueron intervenidos por un vehículo policial (véase a fojas 46).

5.4. Por lo expuesto, la inmediatez de la persecución e intervención policial a la comisión del robo evidencia que el encausado Jonathan Lazo Cardoza no tuvo la disponibilidad de aprovechar los bienes sustraídos; por lo que el ilícito patrimonial quedó en grado de tentativa; por consiguiente, la pena de doce años impuesta al encausado debe rebajarse de conformidad con el artículo 16, concordante con el numeral tres, del artículo 45-A, del Código Penal, los cuales establecen que la tentativa, como circunstancia atenuante privilegiada produce que la determinación de la pena pueda imponerse por debajo del mínimo legal; esto es, del tercio inferior. Entonces, tratándose de tentativa del tipo penal de robo agravado, la pena fijada al encausado debe situarse en ocho años, la misma que se adecúa al nivel de participación que tuvo el encausado en la perpetración del ilícito y al grado de ejecución del ilícito patrimonial.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiocho de enero de dos mil dieciséis, expedida por la Sala Penal Permanente de Lima Sur, de la Corte Superior de Lima Sur, que condenó al encausado Jonathan Lazo Cardoza como coautor del delito de robo agravado, en perjuicio de Miler Javier Rodríguez Fuentes, y le impusieron doce años de pena privativa de libertad; **reformándola**, condenaron al precitado encausado Lazo Cardoza como coautor del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en grado de tentativa, en perjuicio de Miler Javier Rodríguez Fuentes; y como tal le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, la misma que con el respectivo descuento de carcelería vencerá el ocho de junio de dos mil veintidós (cómputo de carcelería aclarado en la resolución de fecha tres de marzo de dos mil dieciséis, obrante a folios 806). **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene. **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema, y archívese.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

EBA/wcpm