

Sentencia conformada

Sumilla. Los efectos benéficos de la conclusión anticipada comprenden una reducción máxima de un sétimo de la pena concreta, conforme lo establece el Acuerdo Plenario número cinco guion dos mil ocho oblicua CJ guion ciento dieciséis.

Lima, veintiuno de setiembre de dos mil diecisiete

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de los sentenciados Ismael Agustín Illescas Arbañil y Eduardo Alonzo Velaochaga Portal y el representante del Ministerio Público contra la sentencia conformada del once de mayo de dos mil dieciséis, de fojas doscientos treinta y dos, que condenó a Illescas Arbañil y Velaochaga Portal como autores del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en grado de tentativa, en perjuicio del menor de edad Elliot Gabriel Jesús García Moloche; y les impusieron trece y nueve años de pena privativa de la libertad, respectivamente.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

FUNDAMENTOS**EXPOSICIÓN DE AGRAVIO RECURSAL**

PRIMERO. La defensa técnica de los sentenciados Ismael Agustín Illescas Arbañil y Eduardo Alonzo Velaochaga Portal, en sus recursos formalizados a fojas doscientos treinta y nueve, y doscientos cuarenta y dos, respectivamente, insta a la rebaja considerable de sus penas por los siguientes fundamentos: **a)** Sus patrocinados se han acogido a la Conclusión Anticipada del Juzgamiento (Ley N.º 28122); con lo cual aceptaron y reconocieron su grado de participación, y adujeron con



ello la confesión sincera. **b)** El Colegiado Superior no valoró las atenuantes al momento de determinar la pena, al no considerar su grado de educación, situación económica ni medio social. **c)** El ilícito penal quedó en grado de tentativa.

SEGUNDO. El representante del Ministerio Público señala que: **a)** Desde la etapa policial, así como en juicio oral, los sentenciados Ismael Agustín Illescas Arbañil (quien registra un antecedente penal por el delito de microcomercialización de drogas) y Eduardo Alonzo Velaochaga Portal, se declararon convictos y confesos del ilícito imputado, pues aceptaron la forma, modo y circunstancias de la perpetración del mismo, por lo que se acogieron a la Ley N.º 28122, para la conclusión anticipada del proceso. **b)** No existe ninguna atenuante que permita rebajar la pena, motivo por el cual debió imponérseles la sanción penal solicitada en la acusación fiscal.

HECHOS IMPUTADOS

TERCERO. El representante del Ministerio Público, a través de su acusación, señaló que el día catorce de agosto de dos mil quince, a horas quince con cuarenta y cinco, aproximadamente, cuando el menor agraviado Elliot Gabriel Jesús García Moloche se encontraba por las inmediaciones de la cuadra siete de la avenida Arnaldo Márquez, en el distrito de Jesús María, se le acercaron los procesados Ismael Agustín Illescas Arbañil y Eduardo Alonzo Velaochaga Portal. El último de los nombrados, en forma amenazante y vociferando groserías, le dijo: “Oye, entrégame tu teléfono, porque si no te voy a matar con mi pistola”. El menor de edad, al sentirse amenazado en su integridad, le entregó su teléfono celular (marca Samsung, modelo Galaxy A5, del operador Entel). Luego de ello le ordenaron que camine hacia el Campo de Marte sin voltear porque, de hacerlo, le iba a caer un “plomazo”. Pero el menor, tras caminar unos metros, encontró a dos

efectivos policiales a quienes informó sobre el robo que había sufrido, estos emprendieron la búsqueda de los imputados quienes fueron ubicados en la intersección de la calle Nazca con la avenida Brasil. Al realizarle el registro personal al sentenciado Velaochaga Portal, se le halló en poder del teléfono del menor de edad, conforme se verifica en el acta de registro personal de fojas quince, motivo por el cual fueron conducidos a la dependencia policial.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

CUARTO. El Fiscal Supremo, en su dictamen de fojas catorce, del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia, opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida. Por imperio del principio institucional de jerarquía, es obvio que la posición del superior en grado prevalece en caso de conflicto con la adoptada por el fiscal inferior. Consecuentemente, si el Ministerio Público (a través de su máxima instancia: el Fiscal Supremo) estima justa la pena impuesta a los citados sentenciados, no es posible que el órgano jurisdiccional decida lo contrario, porque vulneraría, además, la autonomía constitucional del Ministerio Público: el juez no puede transformarse en acusador. Por lo que es de rigor pronunciarse en cuanto a los agravios expuestos por los procesados.

QUINTO. El delito materia de condena es el de robo agravado, en grado de tentativa (previsto en el artículo 189, incisos 4 y 7, primer párrafo, del Código Penal, concordado con el artículo 16 del mismo cuerpo legal), y prevé una sanción: “[...] no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad”.



SEXTO. Nuestra Constitución Política, en interpretación conjunta de sus artículos 200¹, último párrafo, y el artículo 2, inciso 24, literal d², reconoce al principio de proporcionalidad de las penas como un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad. Dicho reconocimiento lo recoge también el artículo VIII, del Título Preliminar, del Código Penal, el cual se refiere a la proporcionalidad de las sanciones: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, prohibiendo con ello algún exceso en la imposición de penas.

SÉTIMO. En el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento 22, señala: “Que si bien no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136, de la Ley Procesal Penal con el artículo 5, de la Ley N.º 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Es así que respecto a la conclusión anticipada del debate oral puntualiza: “En los supuestos de conformidad procesal corresponde la reducción de la pena, que no puede alcanzar a ser un sexto, por no equipararse a la terminación anticipada, sino de porcentajes menores, como un sétimo o menos”.

OCTAVO. Para graduar la pena concreta se consideró como factor atenuante la admisión de responsabilidad por parte de los procesados Ismael Agustín Illescas Arbañil y Eduardo Alonzo Velaochaga Portal, aplicando los beneficios de la conclusión anticipada, esto es, la reducción de la pena en un porcentaje de un sétimo o menos. También se tomó en cuenta que el robo agravado se llevó a cabo con el concurso de dos personas y en perjuicio de un menor de edad; precisó

¹ Último párrafo, del artículo 200, de la Constitución Política: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo”.

² Artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución Política: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté precisamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con penas no previstas en la ley”.

que el delito no se cometió bajo el presupuesto de la violencia (lo cual implicaría un reproche mayor), sino con amenaza de poner en peligro la vida del afectado, al manifestarle que iba a recibir un disparo si no le entregaba el celular. Sin embargo, instantes después de haber cometido este hecho, los inculpados fueron aprehendidos por los efectivos policiales, quienes al proceder a realizarles el registro personal, a ninguno de ellos se les encontró armas, municiones u otros objetos de interés policial³. Por lo que si bien existió una amenaza de peligro inminente contra el menor agraviado –ser disparado con un arma de fuego, esta solo fue representada en la psiquis del perjudicado; por lo que constituye solo un acto de mera amenaza, sin ninguna oportunidad de materializarse por no contar con el instrumento para concretarlo; circunstancia que se tomó en cuenta para establecer el grado de peligrosidad, y cuantificar la gravedad del delito, modo de ejecución, peligro ocasionado y la personalidad o capacidad de los inculpados Ismael Agustín Illescas Arbañil y Eduardo Alonzo Velaochaga Portal, pues al no contar con el arma con la que conminó al menor agraviado a entregarle sus bienes, no entrañó peligrosidad alguna para el menor en la propia ejecución delictiva, tampoco potenciaron su capacidad ofensiva ni reveló la capacidad de causar daño.

NOVENO. El delito materia de sanción punitiva no alcanzó el grado de consumación, pues se verifica solo una realización parcial del tipo penal (tentativa), pues el menor agraviado recuperó el equipo celular robado el mismo día⁴, por ello se les disminuyó prudencialmente la pena; conforme así lo establece el artículo 16 del Código Penal, en concordancia con lo desarrollado en el considerando anterior. Se suma a ello que el sentenciado Eduardo Alonzo Velaochaga Portal tiene la calidad de agente primario, puesto que no registra antecedentes penales, conforme se aprecia a fojas doscientos veinticuatro; asimismo, el día de los hechos contaba con veintiún años de edad, estado civil

³ Ver actas de Registro Personal e Incautación de fojas catorce y quince.

⁴ Ver Acta de Entrega de fojas 20.



soltero, con un hijo, grado de instrucción cuarto de secundaria, y ocupación ayudante de cocina, de lo que se coligen sus carencias sociales y bajo nivel cultural. Mientras que el sentenciado Ismael Agustín Illescas Arbañil registra antecedentes penales, según se aprecia en el certificado de fojas doscientos veinticinco, pero no es reincidente al contar con una pena de carácter suspendida; en la fecha de los hechos contaba con treinta y cuatro años de edad, estado civil soltero, con un hijo, grado de instrucción secundaria completa y ocupación ayudante de cocina, lo que denota, también, sus carencias sociales y un limitado nivel cultural.

DÉCIMO. En cuanto al agravio expresado por la defensa técnica de los sentenciados, el cual alega que no se ha valorado la confesión sincera de sus patrocinados, cabe apreciar que se confunde el alcance de la conclusión anticipada al equiparla con la confesión sincera, pues esta requiere, para su aplicación, que el imputado ayude al esclarecimiento de los hechos delictivos; por tanto, dicha confesión debe ser relevante y oportuna para efectos de la investigación del delito; debe evidenciar, además, una voluntad de colaboración a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada por el imputado al cometer el acto delictivo; presupuestos que no concurren en el presente caso, ya que los inculcados fueron detenidos en situación de flagrancia delictiva, lo cual excluye la aplicación de esta figura jurídica. Además, el ente persecutor logró establecer la materialidad de los hechos sin los aportes de los encausados, por lo que la aceptación por parte de ellos resulta irrelevante para efectos de atenuación de la pena.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de fojas doscientos treinta y dos, del once de mayo de dos mil dieciséis; en la que condenaron a los procesados Eduardo Alonzo Velaochaga Portal e Ismael Agustín Illescas Arbañil, como autores del



delito contra el Patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en perjuicio del menor de edad Elliot Gabriel Jesús García Moloche; y les impusieron a Velaochaga Portal e Illescas Arbañil, nueve y trece años de pena privativa de la libertad efectiva, respectivamente; y fijó como reparación civil la suma de mil soles que, en forma solidaria, deberán abonar a favor del agraviado; con lo demás que contiene y es materia del recurso. **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.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHAVES ZAPATER

CALDERÓN CASTILLO

BA/ojtj