



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL
RECURSO DE NULIDAD N.º 628-2017
AYACUCHO**

Sumilla: El delito de robo exige que exista violencia o amenaza para el desapoderamiento del bien, lo que en el caso concreto no se ha acreditado debidamente, por lo que, de conformidad con el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, corresponde reconducirlo al tipo penal de hurto agravado. Asimismo, la versión del agraviado en cuanto a la realidad del hecho ha cumplido con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116.

Lima, veinte de octubre de dos mil diecisiete.-

VISTOS.- Los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, contra la sentencia de veintisiete de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas dos mil novecientos cuatro, en el extremo que los condenó como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado, en perjuicio de Alejandro Dávila Ñaupa, a trece años de pena privativa de libertad; y, fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

Con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO

§. Imputación Fiscal

Primero.- La acusación fiscal obrante en fojas dos mil trescientos sesenta y seis, imputa que el cinco de abril de dos mil catorce, al promediar las diecisiete horas, en el centro poblado de Chaca, compresión del distrito de Luricocha-Huanta, el agraviado Alejandro Dávila Ñaupa, quien se dirigía a la ciudad de Huanta a bordo de la camioneta marca *Toyota*, con placa de rodaje C7B-854, en el que transportaba algunos pasajeros, entre ellos a Sandro Raúl Carrasco Palomino abordaron en el trayecto otras personas en la condición de pasajeros,

quienes transportaban baldes y sacos que contenían productos de pan llevar. Tras una hora de recorrido, el agraviado y sus pasajeros fueron intervenidos por los efectivos policiales Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, en el sector denominado Huatuscalle, del distrito de Luricocha, quienes se hallaban asignados al control de carreteras Huanta-Santillana, desde el kilómetro 1 al 22 en el turno comprendido desde las siete horas y treinta minutos, hasta las dieciocho horas, a bordo del patrullero policial de placa de rodaje CT-10761, perteneciente a la Base COMPRACAR PNP Huanta.

Estos imputados, aprovechando su condición de efectivos policiales en coordinación con otros cinco sujetos no identificados, cuando el vehículo del agraviado se detuvo ante el pedido del SOT 1 Arnulfo Matallana Lucero, el imputado SO1 PNP Olimpio Allcca Barboza, solicitó al agraviado, los documentos del vehículo, y le dijo: "Tu vehículo tiene problemas, es robado, espera un momento que te llevaremos a la comisaría de Huanta", mientras el primero llamó por teléfono señaló: "es la persona indicada, vengan rápido", minutos después llegaron cuatro sujetos vestidos de civil en un auto Yaris, con armas de fuego de corto alcance, quienes redujeron al agraviado, indicando que llevarían el vehículo porque era robado. Los otros sujetos, expulsaron a todos los pasajeros, excepto a Sandro Raúl Carrasco Palomino, quien se resistió, le indicaron que en la Comisaría sería difícil que salga.

Producida la intervención policial, tres sujetos desconocidos abordaron la camioneta del agraviado, uno condujo y los otros dos se ubicaron en la parte posterior, conjuntamente con el agraviado. Por su parte los efectivos policiales Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, abordaron el patrullero señalando que trasladarían la camioneta a la Comisaría, luego de ello, los tres vehículos partieron.

A escasa distancia de iniciado el recorrido, los sujetos desconocidos expulsaron de la camioneta a Sandro Raúl Carrasco Palomino, le cubrieron la cabeza con una casaca, obligándolo a que no se mueva. Al promediar las dieciséis horas, pasaron por la garita o tranquera de control del pago de Ocana-Luricocha, donde se encontraban Oseas Piter Ayala Chimaicao y William Ramos Ccanto, miembros de autodefensa, que controlaban la tranquera, cuando intentaron supervisar el vehículo, los sujetos no permitieron su registro, indicaron que el

patrullero ya los había registrado y el conductor se identificó con el nombre de José Zamora Córdova. Momentos después, llegaron a este lugar los efectivos policiales Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, quienes tampoco se registraron, bajo el argumento que conducían dicho vehículo a la Comisaría, por ser robado.

Luego de atravesar el control, le sustrajeron al agraviado cinco mil soles, y le preguntaron: "¿Dónde está la droga?", pero no pudieron continuar su recorrido debido a que la carretera estaba cerrada por trabajos de maquinaria, por lo que decidieron cambiar su ruta en forma desesperada, y ante el grito de auxilio del agraviado, lo expulsaron, antes de lo cual, le arrebataron su celular, y se dieron a la fuga con rumbo desconocido. Al día siguiente, la camioneta del agraviado fue hallada en la zona de Quinrapa-Huanta, cerca al río Cachi, en perfecto estado de funcionamiento, pero rebuscada en toda sus estructuras. De ahí que la finalidad de los procesados era apoderarse del cargamento que traía el agraviado en su camioneta, que supuestamente era droga proveniente de la selva ayacuchana, no lograron su objetivo pero sí se apoderaron de las pertenencias del agraviado.

§. Fundamentos del Tribunal Superior

Segundo.- La Segunda Sala Penal, condenó a los procesados recurrentes Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, basándose en los siguientes argumentos: **i)** El agraviado Alejandro Dávila Ñaupá, y los pasajeros han reconocido fehacientemente a los imputados, efectivos policiales Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza quienes participaron junto con otros sujetos desconocidos en la comisión del ilícito penal. **ii)** La conducta de los procesados cumplió con los elementos típicos del delito de robo, ello de conformidad con el Acuerdo Plenario N.º 03-2009/CJ-116. **iii)** La violencia que se ejerció contra el agraviado se encuentra acreditada, toda vez que lo golpearon en la nuca y en la cabeza, en varias ocasiones, además de haberle cubierto el rostro y haberlo amenazado. **iv)** Todos los actos fueron realizados aprovechando la condición de efectivos policiales que tenían los procesados. **v)** Las versiones del agraviado cumplieron con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, por cuanto carecen de incredibilidad

subjetiva, son verosímiles y persistentes, asimismo, se encuentran en autos, medios de pruebas que corroboran su versión.

§. Expresión de agravios

Tercero.- El procesado Olimpio Alicca Barboza, en su recurso de fojas dos mil novecientos sesenta y nueve, argumentó lo siguiente: **i)** No existen medios de prueba que acrediten su responsabilidad. **ii)** No se valoró correctamente los medios de prueba existentes, que desvirtuarían la responsabilidad de los procesados. **iii)** Las versiones del agraviado Alejandro Dávila Ñaupá fueron contradictorias e inverosímiles, porque en su manifestación policial señaló que el policía que lo intervino y le pidió sus documentos, era de contextura delgada, de tez trigueña, pero en su declaración instructiva dijo que era uno gordo, posteriormente, cambió su versión en el juicio oral. Asimismo, de sus versiones se advierten que fueron tres efectivos policiales quienes lo intervinieron, pero en el juicio oral indicó que eran dos. También, señaló que unos sujetos vestidos de civil bajaron a los pasajeros, pero luego señaló que fueron los efectivos policiales. **iv)** Los testigos presenciales Víctor Huamán Farfán, Nayda Romero Ñaupá, María Ñaupá Curo y Sandro Raúl Carrasco Palomino, no reconocieron al recurrente Alicca Barboza, como uno de los que participó en el robo, asimismo, las declaraciones de Vidal Salvatierra Álvarez y Romario Kennedy Huanaco incurrieron en contradicciones. **v)** No se valoraron las declaraciones de Máximo Quintiliano Yance Conde, Yuli Yance Mauli y otros, quienes indicaron de forma coherente que el día de los hechos, el recurrente se encontraba con ellos en una llantería ubicada en la avenida Carlos La Torre. **vi)** No se encuentra acreditado el monto de cinco mil soles, que se habría sustraído al agraviado y la propiedad del vehículo.

Cuarto.- El procesado Arnulfo Matallana Lucero, en su recurso de fojas tres mil tres, fundamentó lo siguiente, para alegar su inocencia: **i)** El reconocimiento físico efectuado por el agraviado al recurrente Alicca Barboza no cumplió con lo dispuesto en el artículo ciento cuarenta y seis del Código de Procedimientos Penales, que establece "cuando se trate de un testigo, se deberá describir previamente", de igual forma el artículo ciento ochenta y nueve del mismo

cuerpo normativo indica lo mismo, de ahí que estas pruebas carezcan de valor probatorio y eficacia. **ii)** Se le condenó al recurrente con la versión del agraviado, la cual no cumplió con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116. **iii)** El certificado médico practicado al agraviado concluyó que no presentaba lesiones traumáticas recientes. **iv)** El acta de reconocimiento fotográfico efectuado por el testigo Víctor Huamán Farfán no cumplió con las garantías, pues no participó el abogado defensor del procesado, asimismo, aquel no reconoció al recurrente. **v)** No se valoraron las declaraciones de Máximo Quintiliano Yance Conde, Yuli Yance Mauli y otros, quienes indicaron de forma coherente que el día de los hechos el recurrente se encontraba con ellos y con el coprocesado Olimpio Allcca Barboza, en una llantería ubicada en la avenida Carlos La Torre. **vi)** No se acreditó la preexistencia de los bienes materia del delito.

§. Fundamentos del Supremo Tribunal

Quinto.- La principal prueba de cargo es la declaración del agraviado Alejandro Dávila Ñaupá; por lo que corresponde analizar su versión de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República), que ha establecido las siguientes garantías de certeza: **i)** Ausencia de incredibilidad subjetiva; esto es, que no existan relaciones, entre agraviado e imputado, basadas en odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que le nieguen aptitud para generar certeza. **ii)** Verosimilitud; que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria. **iii)** Persistencia en la incriminación; es decir, que la sindicación sea permanente.

Sexto.- Respecto a la primera garantía, el agraviado Alejandro Dávila Ñaupá, así como los procesados Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, han referido que con fecha anterior a los hechos no se conocían, ni les unía algún vínculo de amistad o enemistad, incluso estos últimos niegan haberlo visto

alguna vez; por lo que se tiene por acreditada la primera garantía de certeza pues no existe ánimo espurio por parte del agraviado que vicie su declaración inculpativa y le reste valor.

Séptimo.- En cuanto a la verosimilitud, deben apreciarse las declaraciones del agraviado Alejandro Dávila Ñaupá, quien ha sostenido durante el proceso, lo siguiente: **a)** En su manifestación policial en presencia de fiscal, en fojas veintiséis, señaló que el 5 de abril de 2014 a las 6:00 horas salió de la localidad de Llochegua con destino a la ciudad de Huanta, conduciendo su vehículo de placa C7B-854, marca Toyota HILUX, con nueve pasajeros a bordo, cuando se encontraba a la altura de Huatuscalles del distrito de Luricocha - Huanta, fue intervenido por dos efectivos policiales, quienes se encontraban en un patrullero –uno de ellos era delgado, de piel trigueña y el otro era de contextura gruesa de piel morena–, el primero le pidió sus documentos le dijo que tenía problemas porque su vehículo era robado, llamó por teléfono y afirmó: “es la persona indicada”, luego de diez minutos, llegaron al lugar un vehículo de marca Toyota Yaris, color celeste, del cual descendieron cuatro sujetos vestidos con ropa de civil y provistos de armas de fuego de corto alcance, lo hicieron sentarse en medio de la parte posterior del vehículo, le indicaron que era del servicio de inteligencia, luego bajaron a todos sus pasajeros y lo condujeron con dirección a Luricocha, bajaron a la fuerza al pasajero que se había negado, mientras que a él le cubrieron su cabeza y rostro con una casaca, le rebuscaron sus bolsillos y lo despojaron de cinco mil soles, uno de ellos lo golpeó en la nuca, le dieron golpes hasta en cuatro oportunidades, para que se agache, cuando pasaron por la tranquera intentó gritar, ante lo cual los asaltantes lo amenazaron de muerte, dieron la vuelta mientras el vehículo Toyota Yaris los estaba siguiendo, a la altura del lugar Paccosan - Luricocha, lo expulsaron de su vehículo y fugaron. Los sujetos le preguntaban “donde estaba escondida la droga”. Pudo ver a los efectivos policiales, porque conversó con ellos “cara a cara”, estos le dijeron a los asaltantes: “Jefe, esta es la persona indicada”, mientras que el otro le dijo: “sí, sí, es contundente”. **b)** En su declaración preventiva de fojas mil doscientos setenta y seis, refirió los mismos hechos, agregando que las personas que abordaron su camioneta discutían sobre su destino, decían: “y ahora, qué

hacemos con él, te has equivocado", él les rogó que lo dejaran libre, abrieron la puerta y lo empujaron. Ese día llevaba un total de nueve pasajeros, le decían: "coopera que estas trayendo droga", luego de los hechos, los familiares de ambos policías, le han dicho: "tu vas a gastar por gusto, nosotros vamos a defendernos, somos varios policías en mi familia". Respecto a la procedencia del dinero, afirmó que tenía dos mil soles para pagar a una cooperativa y otros dos mil soles le mandó su cuñada Hilda Cruz. **c)** En el juicio oral, se ratificó indicando los mismos hechos.

Octavo.- De lo expuesto, se aprecia que sus declaraciones son coherentes, lógicas y se condicen entre sí, ello, en tanto narró la forma y circunstancias de la comisión del delito, indicó claramente la participación de los efectivos policiales, identificándolos, conforme se apreció en el acta de reconocimiento físico, de fojas setenta y tres, donde el agraviado Dávila Ñaupá, indicó que el procesado Allca Barboza, fue el efectivo policial quien lo intervino en Huatuscaltepec jurisdicción de Huanta, y le solicitó sus documentos, asimismo, realizó una llamada telefónica e indicó que ese era el vehículo y que tenía problemas, también reconoció a Arnulfo Matallana Lucero como el otro policía que recibió sus documentos.

Noveno.- No obstante, si bien el delito imputado es el de robo agravado, el perjudicado ha sostenido de forma contundente que las personas que se apoderaron de su dinero y celular, fueron los sujetos que no fueron identificados y que abordaron su camioneta colocándola en la parte trasera, mientras tanto, los policías procesados cumplían la función de resguardar dicha camioneta ubicándose en la parte posterior. Es decir, los efectivos policiales si bien acompañaron a los sujetos que sustrajeron los bienes del agraviado, no ejercieron violencia contra este, toda vez que actuaron bajo el falso argumento que cumplían su labor de intervención.

Décimo.- En ese orden de ideas, la declaración del agraviado, en cuanto a las circunstancias anteriores al desapoderamiento de sus bienes, se encuentra

debidamente corroborada con las declaraciones de los testigos, entre ellos, los pasajeros quienes abordaron la camioneta del agraviado:

- i)** Declaración testimonial de Víctor Huamán Farfán, de fojas ciento treinta y siete, indicó que abordó la camioneta del agraviado con rumbo a Huanta, cuando estaban por Huatucalle, los intervinieron dos policías (uno era gordo y el otro delgado), uno de ellos habló por celular e indicó: "Jefe, esa camioneta ya está en mis manos", luego de unos minutos, llegó un auto Toyota Yaris de color plomo con otras personas, quienes, conjuntamente con los policías les dijeron que bajen del vehículo, como se resistieron, uno de ellos les dijo: "este carro es robado, tiene problemas, lo vamos a llevar a la comisaría, si no se bajan los vamos a llevar a la comisaría también". Al conductor lo obligaron a dejar el volante.
- ii)** María Ñaupa Curo, en su manifestación policial, de fojas ciento treinta y cinco, quien abordó el vehículo del agraviado para dirigirse a Huanta, señaló que fueron detenidos por los policías, quienes conversaban en todo momento con los otros sujetos vestidos de civiles. Lo mismo declararon Elsa Ñaupa Pacheco y Nilda Romero Ñaupa, en sus manifestaciones policiales de fojas ciento cincuenta y siete y ciento cincuenta y nueve.
- iii)** Sandro Raúl Carrasco Palomino, en su declaración testimonial de fojas mil doscientos ochenta y cuatro y en el juicio oral de fojas dos mil setecientos cincuenta y cuatro indicó que cuando se encontraban por el sector de Huatuscalles, los policías les exigieron que bajaran de la camioneta, indicando que el vehículo tenía problemas, actuaron supuestamente como policías de inteligencia, pero como él tenía urgencia de viajar se quedó en dicha unidad, en el camino, al chofer lo pasaron al centro de la camioneta y otro de los policías estaba manejando, venían diciendo: "ya sabemos dónde está", y le golpeaban la cabeza al agraviado, por ello, se percató que no eran policías, él se quedó en el vehículo desde Huatuscalles hasta Pampai, cuando pasaron por la garita de control, les obligaron a bajar la cabeza, aproximadamente, unos quince a veinte minutos. Sí pudo observar a los supuestos policías de inteligencia, pero no a los efectivos policiales, pero eran dos.

Décimo primero.- Asimismo, obran en autos las declaraciones de otros testigos, quienes se encontraban el día del evento delictivo y que con sus versiones acreditan la realidad de los hechos: **i)** Manifestación policial en presencia de fiscal de William Ramos Ccanto, de fojas cincuenta y cinco, indicó que el cinco de abril de dos mil catorce, se encontraba cumpliendo servicios en la tranquera Ocana, juntamente con Oseas Ayala Chimayco, registrando todos los vehículos salvo los carros oficiales como ambulancias y patrulleros, a las nueve horas y treinta minutos, el patrullero de carreteras pasó por la tranquera con dirección hacia Huayllay, se percató que lo abordaban dos policías, hizo su retorno a las dieciséis horas, aproximadamente, junto con un auto Yaris negro, no pudo registrar este porque el policía le indicó que se encontraba intervenido por ellos y lo estaban conduciendo a Huanta y por dicho motivo no se registró la placa ni el nombre del conductor. **ii)** Manifestación policial en presencia de fiscal de Oseas Piter Ayala Chimaico, de fojas cincuenta y ocho, señaló que es integrante del comité de autodefensa, indicó que el cinco de abril de dos mil catorce, a las dieciséis horas, pasó una camioneta marca Toyota-Hilux, procedente de la selva ayacuchana con destino a Huanta, no quisieron que registre el interior porque adujeron que los policías ya lo habían revisado, no se le pidió documento porque el Patrullero indicó que el vehículo estaba detenido y por ello ya no lo registraron.

Décimo segundo.- Adicional a las declaraciones citadas, se encuentran además, los siguientes elementos de prueba: **i)** Declaración jurada del agraviado Alejandro Dávila Ñaupá, de fojas ciento sesenta y ocho, indicó haber tenido en posesión la suma de cinco mil soles, de los cuales Hilda Cruz Barboza, le entregó la suma de tres mil soles para pagar su deuda de dos cuotas. **ii)** Acta de reconocimiento fotográfico de fojas ciento treinta y nueve, de Víctor Huamán Farfán, a los procesados Matallana Lucero y Allca Barboza, indicó que estos hicieron bajar del vehículo del agraviado a los pasajeros. **iii)** Acta de entrevista personal de fojas sesenta y dos, realizada en la localidad de Huatuscalles, a Salvador Álvarez Vidal, indicó que el cinco de abril de dos mil catorce logró ver la intervención de la policía a una camioneta que provenía de la selva, llena de pasajeros y con carga, los policías exigieron que bajen del

vehículo, sí pudo identificar a los policías uno era moreno y el otro trigueño. **iv)** Acta de hallazgo y traslado del vehículo, de fojas setenta y ocho, en la comunidad de Huinrapa parte baja, a cincuenta metros del río Cachi, se halló el vehículo de placa de rodaje C713-054, abandonado, se aprecia que tenía dañados la parte del tablero del conductor, con la guantera violentada, revueltas las pertenencias de los ocupantes, en igual sentido se indicó en el acta de situación del vehículo de fojas ochenta. **v)** Acta de entrega del vehículo de fojas ochenta y uno, el ocho de abril de dos mil catorce, a Alejandro Dávila Ñaupa, de su vehículo camioneta HILUX, marca Toyota, color gris oscuro metálico, año de fabricación 2008. **vi)** Inspección judicial de fojas mil trescientos cinco, se pudo apreciar que en el lugar de los hechos, el tránsito de los vehículos provenientes de la selva.

Décimo tercero.- Finalmente, en cuanto a la persistencia en la incriminación, debe apreciarse que el agraviado, declaró uniformemente en todo el proceso, que fueron los supuestos agentes de inteligencia quienes lo despojaron de sus bienes, mientras que la participación de los efectivos policiales Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Allcca Barboza, se limitó a permanecer detrás del vehículo para resguardar y así pasar las tranqueras de control, sin que sean identificados.

Décimo cuarto.- En consecuencia, la versión del agraviado Alejandro Dávila Ñaupa, cumplió con las garantías de certeza contempladas en el Acuerdo Plenario analizado, por cuanto, carece de incredibilidad subjetiva, es verosímil y persistente, por ende, se han valorado los criterios que dotan de credibilidad a su versión y que han formado convicción judicial en este Supremo Tribunal, en cuanto a la comisión del tipo penal de robo agravado.

Décimo quinto.- No obstante, los procesados impugnantes, han sostenido lo siguiente: **i)** El procesado Olimpio Allcca Barboza, en su manifestación policial en presencia del fiscal de fojas treinta y uno, ha sostenido que presta servicios en COMPRACAR PNP, Huanta, el cinco de abril de dos mil catorce fue nombrado conjuntamente con Arnulfo Lucero Matallana, ese día intervinieron a ocho

vehículos, aproximadamente, pero nunca intervinieron a la camioneta de placa de rodaje C7B-854, y no cuenta con el registro de los vehículos intervenidos en dicha fecha, nunca pasaron por la tranquera de control de autodefensa, ese día permaneció en servicio hasta las quince horas y treinta minutos, y bajaron en la ciudad de Huanta porque la llanta se había desinflado, no sabe los motivos por los que se le acusa. En el juicio oral de fojas dos mil seiscientos cincuenta y seis, señaló que el día de los hechos a las dieciséis horas, aproximadamente, se encontraba en la llantería ubicada en la avenida Carlos La Torre, porque la llanta se malogró en el lugar llamado Cerro Cortado, se encontraba con su coprocesado Matallana Lucero, pero nunca intervinieron a la camioneta del agraviado, se retiraron de la llantería a las diecisiete y veinte horas, es inocente de los cargos que se le imputan. **ii)** Por su parte, el procesado Arnulfo Matallana Lucero, en su manifestación policial en presencia del fiscal de fojas cuarenta y cuatro, indicó que el día de los hechos se encontraba de servicio en compañía de Alca Barboza, no se registró ninguna novedad hasta que se retiraron a las quince y treinta horas, del lugar llamado Cerro Cortado, guardó silencio respecto a todas las demás preguntas que le realizaron, agregando que desconoce los hechos que se le imputan. En el juicio oral de fojas dos mil seiscientos setenta y ocho, indicó que sí conoce a sus coprocesados Olimpio Alca Barboza y Hamilton Enrique García, el cinco de abril de dos mil catorce estaba laborando en la carretera de Huanta, desde Huatuscalles hasta Santillana, intervinieron a ocho vehículos, pero no los anotaron en registros, no intervinieron a la camioneta del agraviado a quien nunca ha visto y no sabe los motivos por los cuales lo sindicó, porque a esa hora se encontraba en la llantería.

Décimo sexto.- Asimismo, para reforzar sus argumentos, han sostenido que debe valorarse la prueba de descargo, consistente en las siguientes declaraciones: **i)** Máximo Quintiliano Yancce Conde, en su declaración en el juicio oral de fojas dos mil setecientos ocho, indicó que su llantería está ubicada en la avenida La Torre N.º 247, sí recuerda a los procesados Olimpio Alca Barboza y Arnulfo Matallana Lucero, quienes el cinco de abril de dos mil catorce a las dieciséis y treinta horas, aproximadamente, se constituyeron a su llantería porque la llanta

de su vehículo estaba completamente baja porque tenía un hueco, demoró una hora, mientras tanto los policías esperaban, asimismo, agregó que es un favor el que les hace al declarar, desea favorecerlos con su declaración. ii) Yuli Yancce Mauri, en su declaración en el juicio oral de fojas dos mil setecientos catorce, indicó que el día de los hechos, a las dieciséis horas y treinta minutos, aproximadamente, sí vio a los procesados Olimpio Allca Barboza y Arnulfo Matallana Lucero en la llantería de su padre, se quedaron una hora.

Décimo séptimo.- Sin embargo, las versiones de los procesados así como de los testigos de descargo, no se encuentran corroboradas con algún medio de prueba adicional que dote de verosimilitud a sus afirmaciones, toda vez que, sus versiones exculpatorias consisten en señalar que el día de los hechos se encontraban en la llantería, pues se había malogrado la llanta de su vehículo, sin embargo, se han valorado las declaraciones del agraviado y han cumplido con las garantías de certeza, y a diferencia de las declaraciones de los procesados, sí se encuentran verificadas con sendos medios de prueba, como declaraciones de otros testigos y documentos, que han sido valorados por este Supremo Tribunal. En consecuencia, sus versiones constituyen argumentos de defensa y así deben ser valorados.

Desvinculación del delito de robo agravado al de hurto agravado

Décimo octavo.- El artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, regula la institución de la desvinculación de la calificación jurídica, aclarando el fundamento de dicha facultad del Supremo Tribunal, el Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116, ha señalado en su fundamento jurídico número 12, que tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de evidencia de la opción jurídica correcta, [...] de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos, como regla básica del principio acusatorio, el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que

lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.

Décimo noveno.- La Sala Superior, de conformidad con la acusación fiscal descrita en los fundamentos anteriores, ha tipificado la conducta de los procesados Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Alcca Barboza, en el delito de robo agravado. No obstante, este tipo penal, como lo establece el artículo 189 del Código Penal, exige que el apoderamiento se ejecute con violencia o amenaza.

Vigésimo.- En el caso concreto, se aprecia que si bien se encuentra plenamente acreditada la sustracción de los bienes que según señaló el agraviado, estos son, la suma de cinco mil soles y su teléfono celular, no obra en autos algún elemento de convicción adicional a su declaración que dicho desapoderamiento se hizo mediante amenaza y violencia, toda vez, que como lo ha referido el agraviado así como los testigos, los efectivos policiales les solicitaron que salieron del vehículo, bajo el engaño que la camioneta estaba intervenida por motivo de robo, y al agraviado lo condujeron hasta un lugar donde lo abandonaron, es decir, para efectuar la conducción del vehículo del agraviado no efectuaron violencia o amenaza, toda vez que se apersonaron al lugar de los hechos en calidad de policías, que supuestamente cumplían su labor.

Vigésimo primero.- Por otro lado, a pesar que el agraviado sostuvo que le golpearon la cabeza, afirmó que quienes lo hicieron, fueron las personas no identificadas que abordaron su vehículo y quienes lo condujeron hasta abandonarlo en otro lugar. Asimismo, no obra en autos algún medio de prueba como un examen médico legal, que acredite la existencia de lesiones al agraviado, más aun, si se tiene en cuenta que este denunció los hechos en cuanto fue expulsado de su vehículo.

Vigésimo segundo.- En consecuencia, este Supremo Tribunal considera que corresponde desvincular la calificación jurídica imputada, de la calificación del delito de robo agravado al delito de hurto agravado, contemplado en el artículo 185 del Código Penal, el mismo que sanciona al que, “para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentre”. En concordancia con los incisos 5 del primer párrafo e inciso 9 del segundo párrafo del artículo 186 del mismo cuerpo normativo, esto es: con el concurso de dos o más personas y sobre vehículo automotor.

Vigésimo tercero.- En el caso en concreto se aprecia que los procesados conjuntamente con los otros sujetos no identificados, aprovecharon su condición de efectivos policiales para que conjuntamente con estos, se apoderaran de los bienes del agraviado consistentes en dinero y un celular, los mismos que han sido debidamente acreditados, asimismo, no se advierte que haya existido en dicho desapoderamiento algún tipo de violencia o amenaza, de ahí que corresponde ubicar la conducta típica de dichos procesados en el delito de hurto agravado.

Sobre la pena y reparación civil

Vigésimo cuarto.- Para la dosificación punitiva se debe tener presente que el legislador ha establecido las clases de pena y cantidad de estas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente y concretarla; debe observarse el principio de proporcionalidad, que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito, su modo de ejecución y el peligro.

Vigésimo quinto.- En el presente caso, se tipifica la conducta de los procesados en delito contra el patrimonio - hurto agravado, tipificado en el artículo 185 del Código Penal, concordante con los incisos 5 del primer párrafo e inciso 9 del segundo párrafo del artículo 186 del mismo cuerpo normativo,

esto es: con el concurso de dos o más personas y sobre vehículo automotor, respectivamente, sancionado con una pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años.

Vigésimo sexto.- Como atenuante privilegiada, en este caso no se puede aplicar el beneficio de la confesión sincera, pues los impugnantes se han declarado inocentes durante todo el proceso. Tampoco se les puede aplicar la responsabilidad restringida, pues según sus fichas en RENIEC de fojas ciento veintitrés y ciento veinticuatro, respectivamente, Arnulfo Matallana Lucero, nació el veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, y Olimpio Allca Barboza, nació el treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y seis, por lo que al momento de los hechos contaban con cuarenta y seis y veintiséis años de edad.

Vigésimo séptimo.- Asimismo, el delito de hurto agravado se consumó, y ninguno de ellos cuenta con antecedentes penales. Para determinar la pena concreta, debe considerarse que el procesado Arnulfo Matallana Lucero cuenta con grado de educación técnica completa y es casado, asimismo, el procesado Olimpio Allca Barboza cuenta con grado de instrucción de secundaria completa y es soltero.

Vigésimo octavo.- Además, en el caso surge una circunstancia agravante genérica, pues ambos procesados tienen la condición de ser miembros de la Policía Nacional del Perú, y aprovecharon esta situación para cometer el delito, vulnerando el artículo ciento sesenta y seis de la Constitución Política del Estado, que señala: "La Policía Nacional, tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia [...]". Ambos eran conscientes de dicha posición, pero aún así fueron en contra de dicha norma, por lo que la pena, debe ser situada en el tercio superior. Apreciadas las circunstancias del caso, corresponde situar la pena en el extremo máximo fijado para el delito de hurto agravado.

Vigésimo noveno.- La indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo con lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal, por lo que el monto que se consigne en la sentencia debe encontrarse en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados. En este caso se fijó en diez mil soles, que corresponde al grave daño moral y económico que sufrió el agraviado, por lo que es proporcional y corresponde mantener.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I. HABER NULIDAD** en la sentencia de veintisiete de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas dos mil novecientos cuatro, en el extremo que condenó a Arnulfo Matallana Lucero y Olimpio Alcca Barboza, como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado, en perjuicio de Alejandro Dávila Ñaupá, a trece años de pena privativa de libertad; **Reformándola: RECONDUJERON** el tipo penal aplicable al previsto en el artículo 185 del Código Penal, concordante con los incisos 5 del primer párrafo e inciso 9 del segundo párrafo del artículo 186 del mismo cuerpo normativo – hurto agravado (vía desvinculación de la acusación fiscal, conforme con el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales), imponiendo a los citados procesados, ocho años de pena privativa de libertad, la misma que computada desde el 6 de abril de 2014, vencerá el 5 de abril de 2022. **II. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Ventura Cueva y Calderón Castillo por licencia de los señores Jueces Supremos Figueroa Navarro y Chávez Mella.

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

CALDERÓN CASTILLO

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CV/lacv