

TENTATIVA (CUALIFICADA) DESISTIDA Y PRESCRIPCIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS QUE CONSTITUYEN POR SÍ OTROS DELITOS

Sumilla. De la revisión de los actuados, específicamente de la propia imputación realizada por la Fiscalía, se advierte que, en el presente caso, el delito no se consumó, no por factores externos o ajenos a los acusados, sino por un desistimiento voluntario de los mismos, lo que coincide con la misma declaración de la agraviada, aunque se había dado inicio a la ejecución con agresiones físicas.

Se cumplen los requisitos del desistimiento en la tentativa cualificada, a saber: **a)** evitación de la consumación; y, **b)** voluntariedad del desistimiento.

Desde una **perspectiva objetiva**, los imputados evitaron la prosecución del ilícito, no actuando hasta el final; desde una **perspectiva subjetiva**, la no consumación se debió a sus propias voluntades: por sus condiciones físicas y las circunstancias específicas, estuvieron en condiciones de culminar la ejecución del delito-, no hubo impedimentos forzosos, no se produjo una presión insuperable de la situación fáctica o consecuente, su conducta al desistirse evidenció una actitud poco decidida a cometer el delito.

Así, la conducta imputada se adecúa a una tentativa (cualificada) desistida del delito de robo agravado, prevista en el artículo 18 del CP (desistimiento voluntario) en cuanto prevé, la punibilidad de los actos practicados que constituyen por sí otros delitos, lo que se ha omitido examinar en la sentencia recurrida.

En todo caso, los actos realizados que constituyen por sí otros ilícitos penales a la fecha han prescrito.

Lima, diecinueve de marzo de dos mil veinticuatro

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante de la Fiscalía Superior Penal de la Segunda Fiscalía Corporativa Penal de Cercado de Lima, Breña, Rímac y Jesús María, contra la sentencia del 17 de octubre de 2023 (a folios 556-568), emitida por la Octava Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha sentencia los acusados Jhonatan Pedro Guillén Vargas y Joel Enrique Nassi Aparicio fueron **absueltos** de la acusación fiscal como presuntos autores del delito tentado de robo con agravante, en perjuicio de Paula Lluen Tullume; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. MARCO LEGAL DEL PRONUNCIAMIENTO

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios del ordenamiento procesal peruano¹. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

2.1. Fluye de la acusación fiscal (fojas 261-272) que el **28 de diciembre de 2015**, al promediar las 13:30 horas, cuando la precitada agraviada transitaba por la intersección de las avenidas Enrique Villar y Montero Rosas en Santa Beatriz en el Cercado de Lima, observó que dos sujetos se acercaban en sentido contrario a ella. Estos la empujaron fuertemente contra la pared, y golpearon su cabeza y parte de su rostro, asimismo la golpearon en la mano derecha, donde llevaba agarrado su teléfono celular con la finalidad de que lo soltara y de este modo despojarla de dicho bien, pero **como la agraviada opuso resistencia y estos sujetos observaron que la pantalla del celular estaba rajada, comenzaron a reírse y se fueron corriendo**, no llegando a llevarse el celular. La agraviada solicitó apoyo al personal policial que patrullaba por el lugar, quienes por sindicación de la agraviada lograron intervenir a uno de estos sujetos, quien se identificó como Jhonatan Pedro Guillén Vargas, quien a su vez manifestó que estuvo acompañado de su amigo Joel Enrique Nassi Aparicio, el mismo que se dio a la fuga.

2.2. Este hecho fue subsumido en el artículo 188² del Código Penal (en adelante CP) como tipo base, con las agravantes previstas en el inciso 4 del primer

¹ Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

² Modificado por el artículo 1 de la Ley 27472, publicada el 5 de junio de 2001.

párrafo del artículo 189³, y en concordancia con el artículo 16 de la citada norma adjetiva, vigente al momento de los hechos; cuya descripción legal quedó redactada en los siguientes términos:

Artículo 188. Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si el robo es cometido:

[...] 4. Con el concurso de dos o más personas.

Tentativa

Artículo 16. En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

El Ministerio Público, al fundamentar su recurso de nulidad (fojas 571-581), alegó esencialmente lo siguiente:

3.1. Los elementos probatorios desarrollados en juicio acreditan sólidamente que los hechos contenidos en la imputación del Ministerio Público se han establecido razonablemente en el proceso, esto es, la acción violenta conjunta de los procesados contra la agraviada dirigida a apoderarse de su teléfono celular en el contexto descrito en la hipótesis de cargo.

3.2. Se omitió valorar los siguientes elementos: no se valoró la fuga del lugar de los hechos de parte de Nassi Aparicio como indicio subsecuente. No se valoró que Nassi Aparicio fue condenado por robo agravado en grado de tentativa, también de teléfono celular, con participación de otro y en el contexto de la misma vía Montero Rosas, por hechos del 2012, como indicio de capacidad para delinquir. Tampoco se valoró que se provocaron lesiones en la víctima.

3.3. Se tomó posición respecto a las justificaciones de los acusados sin tomar en cuenta las máximas de la experiencia, en el sentido de que no es posible que dos adultos se empujen en la calle.

³ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 30076, publicada el 19 de agosto de 2013; a su vez modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30077, publicada el 20 de agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014.

3.4. La supuesta falta de acreditación de la preexistencia del bien no resulta una exigencia que determine la absolución.

3.5. La sentencia materia de grado carece de motivación suficiente que sustente la decisión absolutoria; no han sido materia de análisis y valoración adecuada los medios de prueba y se ha omitido realizar una evaluación integral de dichos medios. Se ha incurrido en motivación aparente, lo que determina su nulidad; en consecuencia, debe declararse nula la absolución y disponerse la realización de un nuevo juicio oral, conforme a ley.

CUARTO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

4.1. En el caso concreto, la imputación fáctica realizada por el Ministerio Público se determinó a partir de la versión inculpativa proporcionada por la agraviada Paula Lluen Tullume, quien en su declaración policial (fojas 10-13), sindicó directamente a los acusados Jhonatan Pedro Guillén Vargas y Joel Enrique Nassi Aparicio como los sujetos que intentaron despojarla de su celular, **la empujaron y le golpearon la mano, pero al percatarse de que la pantalla del citado celular estaba rajada, desistieron, y burlándose de ella, se fueron.** Expresó textualmente: “[...] yo lo seguí agarrando firmemente (el celular), es en esos momentos que ellos observaron que la pantalla de mi celular estaba rajada, por lo que se comenzaron a reír de mi celular y **se fueron corriendo una media cuadra**, luego se quedaron parados comenzando a reírse y a burlarse de mi celular, en ese instante apareció un patrullero”, y más adelante precisó: **“No lograron arrebatarlo, pero desistieron de su intento cuando vieron que la pantalla de mi celular estaba rota”**.

4.2. Los fácticos se produjeron de esa manera, pues no existe una versión diferente al respecto; por el contrario, el SOS PNP Bravo Navarro Santiago declaró (fojas 14-17) que luego de los hechos, los propios denunciados se acercaron para ver lo que sucedía y recién cuando les pidieron sus documentos uno de ellos (el acusado Joel Enrique Nassi) se escapó, aclarándose posteriormente que lo hizo porque tenía requisitoria⁴.

⁴ Véase la sentencia anticipada emitida con fecha 17 de octubre de 2016, expedida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, en la causa 2309-2012 que condenó a Joel Enrique Nassi Aparicio, por la comisión del delito tentado de robo agravado, en perjuicio de Piero André Angulo Masseroni (referido al hecho cometido el 27 de enero de 2012, en la esquina del jirón Manuel del Pino con Montero Rosas en Santa Beatriz) (fojas 466 a 474), la cual guarda relación con la que aparece inscrita en el certificado de antecedentes penales de foja 445 y por la cual se le impuso 3 años de pena privativa de la libertad con ejecución suspendida.

Así mismo, el testigo PNP Bravo Navarro señaló a folio 16: “No se le encontró ninguna especie de propiedad de la agraviada, es más, la propia agraviada nos dijo que no habían podido quitarle su celular”.

Lo dicho se corrobora también con el Acta de Registro Personal del intervenido Jhonatan Pedro Guillén Vargas del 28 de diciembre de 2015 (foja 22), donde se anotan los resultados del registro personal: negativo para drogas, armas y dinero. Asimismo, para especies se registra un teléfono móvil marca Samsung, color plomo, modelo Galaxy Grand Prime, de propiedad del acusado, es decir, no se encontró en sus pertenencias el objeto material del delito. Dicha acta fue sometida al contradictorio en la sesión del 21 de junio de 2023 del juicio oral, y el instructor SOS PNP Bravo Navarro, quien la suscribió, lo ratificó en el extremo de que no se le encontró ninguna especie de la denunciante al acusado.

4.3. Ahora bien, lo actuado fue valorado por el Colegiado superior en la sentencia, centrándose en seguir las garantías de certeza contenidas en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, sobre ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la imputación, por lo que luego de realizar el respectivo análisis, llegó a la conclusión de que la actividad probatoria no fue plena ni suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a los acusados y, en consecuencia, los absolvieron por insuficiencia probatoria.

4.4. Si embargo, en tal decisión jurisdiccional no se tuvo en cuenta de que en este caso los actos ejecutivos tuvieron resultados materiales, pues se agredió a la víctima con golpes en la cabeza y en la mano que obviamente le generaron malestar, lo cual está certificado con el reconocimiento médico legal 068365-L de foja 32, donde se desprende que la agraviada presenta huellas de lesiones traumáticas recientes y una atención facultativa de 1 por 5 de incapacidad médico legal, que si bien es cierto constituyen faltas contra la salud, no es menos cierto que ello también implica una atentado contra la libertad personal que evidentemente se ha vulnerado, cometiéndose sin duda el delito de **coacción**⁵, soslayándose también que el delito de robo agravado es pluriofensivo.

⁵ **Artículo 151.** El que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

4.5. En efecto, para este tipo de supuestos, el artículo 18 del CP, prescribe lo siguiente: “Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”.

Al respecto, de la revisión de los actuados, específicamente de la propia imputación realizada por la Fiscalía y de la propia declaración de la agraviada, se advierte que el delito no se consumó, en lo esencial, por un desistimiento voluntario de los mismos, aunque se había dado inicio a la ejecución con agresiones físicas y, evidentemente, vulnerando su libertad personal.

Se cumplen los requisitos del desistimiento en la tentativa cualificada, a saber:

a) evitación de la consumación; y, **b)** voluntariedad del desistimiento.

Desde una **perspectiva objetiva**, los imputados evitaron la prosecución del ilícito, no actuando hasta el final; desde una **perspectiva subjetiva**, la no consumación se debió a sus propias voluntades: por sus condiciones físicas y las circunstancias específicas, estuvieron en condiciones de culminar la ejecución del delito-, no hubo impedimentos forzosos, no se produjo una presión insuperable de la situación fáctica o consecuente, su conducta al desistirse evidenció una actitud poco decidida a cometer el delito.

Así, la conducta imputada se adecúa a una tentativa (cualificada) desistida del delito de robo agravado, prevista en el artículo 18 del CP (desistimiento voluntario) en cuanto prevé, la punibilidad de los actos practicados que constituyen por sí otros delitos, lo que se ha omitido examinar en la sentencia recurrida. **En todo caso, se ha cometido y verificado el delito de coacción, como se explicó precedentemente, el mismo que sanciona al autor con una pena no mayor de dos años. Por lo que se advierte que, a la fecha, la acción penal habría prescrito.**

4.6. De acuerdo con el artículo 80 del CP, el plazo ordinario de la prescripción es igual a la pena máxima prevista en el tipo penal imputado; por lo que, en este caso, ese plazo es de **dos años**. No obstante, al haber sido sometida la presente causa a un proceso penal, esto es, al haberse dado la intervención de las autoridades judiciales, se aplica el último párrafo del artículo 83 del

citado Código sustantivo, el cual regula el plazo extraordinario, el cual es de **tres años**, que equivalen a la pena máxima más una mitad.

En ese sentido, en atención a que los hechos datan del 28 de diciembre de 2015, desde aquí se empieza a computar el plazo de la prescripción, de donde se advierte que **hasta la actualidad han transcurrido más de ocho años**; entonces, se ha superado en exceso el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, pues la misma se cumplió el 27 de diciembre de 2018, no habiéndose presentado algún supuesto de suspensión del plazo hasta esa fecha; por lo que debe corregirse el fallo en ese extremo.

4.7. Cabe acotar que en el desistimiento voluntario: “No interesa la motivación interna, sino simplemente que el autor se haya apartado del hecho concreto de una manera imputable al mismo”⁶ o como lo sostiene el autor Roxin: “La voluntariedad no exige un motivo de gran valor moral para que se admita el desistimiento [...] luego si el autor se ha desistido por compasión o miedo [...] siempre se habrá desistido voluntariamente”⁷.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y la jueza de esta Sala Suprema acordaron:

- I. Declarar **HABER NULIDAD** en la sentencia del 17 de octubre de 2023, emitida por la Octava Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que absolvió de la acusación fiscal a los acusados **Jhonatan Pedro Guillén Vargas** y **Joel Enrique Nassi Aparicio**, como presuntos autores del delito tentado de robo con agravante, en perjuicio de Paula Lluen Tullume; con lo demás que contiene. **Reformándola**, establecieron que se cometió el delito de coacción y **DECLARARON** prescrita la acción penal seguida contra el mismo delito y acusados.
- II. **DISPONER** se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la sala superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

⁶ Ob. cit. García Caveró, Percy, p. 837.

⁷ Roxin, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Tomo I. 2016, p. 411.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1739-2023
LIMA

CASTAÑEDA OTSU

GUERRERO LÓPEZ

ÁLVAREZ TRUJILLO

IGL/qrr