

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO  
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Trabajo de Investigación

**La valoración de la declaración de un coimputado sobre  
un hecho de otro coimputado; a partir del análisis de las  
posiciones discordantes que contiene el recurso de  
nulidad n°.-1722-2013-Junín, emitido por la Sala Penal  
Permanente de La Corte Suprema de la República**

Wilber Rafael Arellano Laos  
Anderzon Henry Bernaola Schutze  
Beeder Alvaro Coronel Peña

Para optar el Grado Académico de  
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2018

Repositorio Institucional Continental  
Trabajo de investigación



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

**Asesor**

Dr. Manuel García Torres

### **Dedicatoria**

A nuestros padres, quienes en vida o no, fueron el pilar fundamental de todo lo que somos, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

### **Agradecimiento**

A Dios, por habernos dado salud y por estar con nosotros en todo momento, por fortalecer nuestros corazones y por haber puesto en nuestro camino a aquellas personas que han sido nuestro soporte y compañía, haciendo que este trabajo fuera posible gracias a ellos.

## Índice

Asesor .....	ii
Dedicatoria .....	iii
Agradecimiento .....	iv
Resumen.....	8
Abstract.....	10
Introducción.....	12
Capítulo I Generalidades.....	15
1.1. Antecedentes Generales del Caso .....	15
1.2. Determinación del Caso .....	18
1.3. Justificación de la Metodología para el Estudio del Caso.....	29
1.4. Objetivos Generales del Trabajo de Análisis del Presente Caso .....	29
1.4.1. Objetivo 1.....	29
1.4.2. Objetivo 2.....	29
1.5. Conclusiones de la Parte General.....	30
1.5.1. Primera Conclusión .....	30
1.5.2. Segunda Conclusión.....	30
1.5.3. Tercera Conclusión.....	30
1.6. Propuestas de la Parte General .....	30
1.6.1. Primera Propuesta.....	30
1.6.2. Segunda Propuesta .....	31
Capítulo II Diagnóstico.....	32
2.1. Propósito del Caso .....	32
2.2. Diagnóstico Situacional del Caso .....	32
2.3. Antecedentes de Detalle del Caso para su Análisis .....	36
2.4. Aspectos Teóricos de los Delitos y el Proceso Penal Pertinente .....	38
Aplicables al Caso .....	38
2.4.1. Presunción o Estado de Inocencia .....	38
2.4.2. Valoración Probatoria .....	47
A. La Prueba.....	47
B. Evolución de la Prueba .....	48
C. Sistema de Prueba Legal o Tasada .....	49
D. Sistema de Libre Convicción .....	50

E.	Valoración Probatoria en el Código De Procedimientos Penales De 1940 .....	51
F.	Decreto Legislativo 1206 .....	53
G.	Valoración Probatoria en el Código Procesal Penal de 2004 .....	59
H.	Otros topicos sobre la prueba desarrollados por el Código Procesal Penal de 2004. ....	70
I.	Objeto de prueba.....	70
J.	Organo de prueba .....	72
K.	Prueba Prohibida y Prueba Irregular .....	73
L.	Prueba Indiciaria .....	76
M.	El Delito de Robo Agravado y la agravante durante la noche.....	80
N.	Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 .....	87
2.5.-	Análisis Crítico de la Actuación Formal o Conductual procedimental de las Partes (Policía, Fiscalía, Jueces y Tribunales, Abogados, Agraviado e Imputado (S), Terceros, Etc.) .....	95
2.5.1.-	Actuación Formal de la Policía .....	95
2.5.2.-	Actuación Formal de la Fiscalía .....	98
2.5.3.-	Actuación Formal del Juez de Instrucción.....	108
2.5.4.-	Actuación Formal del Tribunal de Juzgamiento.....	111
2.5.5.-	Actuación Formal del Abogado de la Defensa .....	113
2.5.6.-	Actuación Formal del Agraviado.....	115
2.6.-	Análisis de las Consideraciones y Fundamentos de los Sujetos Procesales (Policía, Fiscalía, Juez y Tribunal, Abogados, Agraviado (S), Imputado (S), Terceros, Etc.) .....	118
2.6.1.	Consideraciones de la Policía.....	118
2.6.2.-	Consideraciones de la Fiscalía.....	127
2.6.3.-	De las Consideraciones del Juez .....	136
2.6.4.-	Consideraciones del Tribunal .....	137
2.6.5.-	De las Consideraciones del Abogado Defensor del Recurrente Edgar Severiano Rojas Cantalicio .....	148

2.6.6.- Consideraciones de los Votos Emitidos por la Corte Suprema	154
A. Voto de los Señores Jueces Supremos Villa Stein, Neyra Flores y Morales Parraguez.....	154
B. Voto de los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana y Barrios Alvarado .....	169
C. Voto Dirimente del Señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.....	182
2.7.- Conclusiones del Análisis Crítico del Caso .....	185
2.8.- Propuestas del Diagnóstico.....	188
Conclusiones.....	190
Recomendaciones.....	192
Referencias Bibliográficas .....	194
Anexos .....	198
Flujograma .....	199
EXPEDIENTE 00034-2010-0-1505-SP-PE-01.....	200

## Resumen

El presente trabajo versa sobre el análisis de los actuados contenidos en el expediente N°-00034-2010-0-1505-SP-PE-01, seguidos en contra de los procesados Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Rojas Clemente, por la comisión del delito de Robo Agravado en agravio de Carlos Walter Orihuela Durand. En el cual, al resolver el recurso de nulidad (apelación) que el primero de los mencionados interpuso contra la sentencia que le impuso diez años de pena privativa de libertad a nivel de la Sala Superior, en la Corte Suprema se configuró discordia entre los miembros de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, tal como se tiene del Recurso de Nulidad N°-1722-2013-JUNIN. Así el voto en mayoría termina por absolver al recurrente; mientras que el voto en minoría se decantó por confirmar la declaración de responsabilidad penal e inclusive incrementar la pena de diez a catorce años; a pesar que cada una de esas decisiones recurrió para la resolución del caso, a los criterios que el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 ha establecido para determinar, cuando la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, en un delito en el cual participaron; tiene la suficiente entidad como para destruir la garantía de la presunción de inocencia que la Constitución establece a favor de todo procesado.

Siendo las variables de esa discordia, que cada uno viene a asumir de manera distinta qué actuación debe considerarse como prueba propiamente dicho a la luz de lo que establece, en el caso del voto en mayoría, el Código Procesal Penal de 2004; mientras que, en el voto en minoría, en lo previsto por el Código de Procedimientos Penales. Asimismo, en el caso del primero, considera que a pesar que no se advierte que se haya configurado el requisito de la perspectiva subjetiva en la delación de los co participes del recurrente, esto es, evidenciado un ánimo espurio o de estrategia de defensa en sus declaraciones; sin embargo, considera que no se cumplen los requisitos de coherencia y solidez; así como, el de verosimilitud; mientras en el caso del voto en minoría, considera que sí se presentaron todos los requisitos que prevé el Acuerdo Plenario en mención e

inclusive que la pena es ínfima frente a los hechos perpetrados en perjuicio del agraviado. Lo que conllevó, además del análisis de actuados, al contraste sobre el tratamiento que merecía la valoración de la prueba en un proceso desplegado con el Código de Procedimientos Penales y lo que viene a establecer el Código Procesal Penal de 2004 al respecto.

Todo lo cual, no solo nos permitió, confirmar, lo que algunos doctrinarios como San Martín Castro señalaban sobre el tratamiento legislativo de la valoración de la prueba en el Código de Procedimiento Penales, por ejemplo, que terminó por desnaturalizar qué debía considerarse como prueba propiamente dicho; así como, restarle protagonismo al juzgamiento frente a la etapa policial; sino también advertir, situaciones de facto expresas que habrían contribuido con tales circunstancias; los que, más allá de la legislación que el Código Procesal Penal de 2004 desplegó sobre la valoración de la prueba, que sí viene a ser una mejora ostensible y corrige lo que mal hizo el Código de Procedimientos Penales; deberían ser advertidas en la implementación del modelo procesal penal.

**Palabras Clave:**

Acuerdo, plenario, 2-2005, presunción, inocencia, valoración, prueba, código, procedimientos, penales, procesal, penal, robo, agravado, voto, discordia, recurso, nulidad, corte, suprema, declaración, coimputado.

## **Abstract**

The present work deals with the analysis of the acts contained in the file No. -00034-2010-0-1505-SP-PE-01, followed against the defendants Edgar Severiano Rojas Cantalicio and Edison Rojas Clemente, by the commission of the crime of Aggravated Robbery in tort of Carlos Walter Orihuela Durand. In which, in resolving the appeal of nullity that the first of the aforementioned filed against the sentence that imposed ten years of custodial sentence at the level of the Upper Room in the Supreme Court, discord was formed between the members of the permanent criminal chamber of the Supreme Court of the Republic, as it has the appeal of nullity N ° -1722-2013-JUNIN. Thus, the majority vote ends up absolving the appellant, while the minority vote opted to confirm the declaration of criminal responsibility and even increase the penalty from ten to fourteen years; although each of those decisions appealed for the resolution of the case, to the criteria that the Plenary Agreement No. 2-2005 / CJ-116 has established to determine, when the declaration of a co imputed, in a crime in which they participated; it has enough authority to destroy the guarantee of the presumption of innocence that the Constitution establishes in favor of all defendants.

Being the variables of this discord, that each one comes to assume in a differently way what action should be considered as evidence itself, in the light of what establishes, in the case of majority vote, the New Code of Criminal Procedure of 2004; while in the minority vote, as foreseen by the Code of Penal Procedures. Likewise, in the case of the first, it considers that although it is not noticed that the requirement of subjective perspective has been configured in the denunciation of the co participants of the appellant, that is evidenced by a spurious or defensive spirit in his statements; however, it considers that the requirements of coherence and solidity, as well as the verisimilitude are not met; while in the case of the minority vote, it considers that if all the requirements set forth in the Plenary Agreement in question were presented and even that the penalty is negligible compared to the perpetrated acts to the detriment of the aggrieved. What led to the analysis of

actuated, the contrast on the treatment that deserved the assessment of the evidence of a process deployed with the Code of Criminal Procedures and what comes to establish the New Code of Criminal Procedure in this regard.

All of which, not only allowed us to confirm, what some doctrinaires like San Martin Castro pointed out about the legislative treatment of the evaluation of the evidence in the Code of Criminal Procedure, for example, that ended up denaturing what should be considered as evidence itself, as well as, reduce the protagonism to the trial before the police stage; but also warn, de facto express situations that would have contributed with such circumstances; those that, beyond the legislation that the Code of Criminal Procedure of 2004 deployed on the evaluation of the evidence, that if it comes to be an obvious improvement and corrects what the Code of Criminal Procedures did wrong, they should be warned in the implementation of the new criminal procedure model.

**Key Words:**

Agreement, plenary, 2-2005, presumption, innocence, evaluation, evidence, code, procedures, criminal, procedural, criminal, robbery, aggravated, discord, appeal, nullity, court, supreme, declaration, co-imputed.

## Introducción

El presente trabajo versa sobre el estudio de los actuados del proceso penal seguido contra Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente, por la comisión del delito de Robo Agravado en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran, que concluyera con los votos en discordia que emitieron los miembros de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República a través del Recurso de Nulidad N°-1722-2013-JUNIN, en cuanto resolvieron el recurso de nulidad (apelación) que interpusiera el sentenciado, Edgar Severiano Cantalicio Rojas, contra la sentencia emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de Chanchamayo de la Corte Superior de Junín, por la cual se le encontró responsable del delito de Robo Agravado en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran y, consecuentemente, se le impuso diez años de pena privativa de libertad efectiva, en la causa penal signada con el Número de Expediente N°-00034-2010-0-1505-SP-PE-01. Siendo el precisar que, si bien dentro de ese proceso también se instruyó a Edison Jacinto Rojas Clemente como coautor de los hechos junto con el recurrente en mención, empero, sobre él en la sentencia se dice que se reserva su juzgamiento hasta que sea habido, mandando a remitir requisitorias para su captura.

Para el caso concreto, a través del análisis de las posiciones discordantes que contiene el Recurso de Nulidad en mención, se tratará sobre los conceptos teóricos que fueron tomados en consideración para la valoración de las declaraciones de los co imputados del recurrente, toda vez, que a nivel de la Corte Suprema en virtud a la valoración de dichas declaraciones se tiene una posición, la que al final se constituyó en resolución, que decantó por la absolución; mientras que la otra se decidió por la confirmación de la condena e inclusive la elevación de la pena que fuera impuesta en primera instancia de diez a catorce años de pena privativa de libertad. Por lo tanto, se desarrollará de manera dogmática sobre la institución de la declaración de un co imputado sobre un hecho de otro co imputado como medio de prueba para desvirtuar la Presunción de Inocencia que la Constitución establece

como garantía para todo procesado, la que ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial específico en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en la cual se estableció requisitos para la determinación de la validez de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado; de tal modo, que además de la institución en mención y su tratativa jurisprudencial, se desarrollará sobre la Presunción de Inocencia; la valoración de la prueba en el Código de Procedimientos Penales y la valoración de la prueba en el Código Procesal Penal y el delito de Robo Agravado.

Los tópicos antes indicados nos permitirá, dentro de una metodología funcional/sociológica, establecer qué variantes de corte dogmático y fáctico fueron determinantes para que se presentará esa discordia; ya que mientras la posición en mayoría, en virtud a valorar las declaraciones de los presuntos co partícipes del recurrente en el asalto que se le imputa, a la luz de los requisitos del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, afirman que dichas actuaciones presentan incongruencias sustanciales; y, por lo tanto, concluye por absolver al imputado revocando la decisión recurrida. De otro lado, la otra posición en minoría, también analizando las declaraciones de los co partícipes del recurrente en virtud a lo que estableció el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, arguye que, si bien esas declaraciones podrían presentar falta de especificaciones respecto a qué es lo que en realidad habría acaecido en el robo agravado que se le imputa al recurrente; sin embargo, considera que ello no vienen a constituirse en incongruencias propiamente dichas; por lo que, concluye por confirmar la condena e inclusive incrementar la sanción de diez a catorce años porque además considera que se ha configurado la agravante prevista en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal.

En el plano instrumental, el análisis de las posiciones discordantes que contiene la ejecutoria suprema en mención, será realizado a partir de la revisión de los actuados que contiene el Expediente N°00034-2010-0-1505-SP-PE-01, seguido contra Edison Jacinto Rojas Clemente y Edgar Rojas Cantalicio, por robo agravado en agravio de Carlos Walter Orihuela Durand. Asimismo, será materia de revisión el expediente signado con el N° 00372-2009-0-1511-JM-FP-01, seguido contra los menores Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce, por infracción a la ley

penal de Robo Agravado, en agravio del mismo Carlos Walter Orihuela Durand, el cual tiene incidencia directa con el proceso penal materia de análisis, habida cuenta que fue ofrecido como medio de prueba por el Ministerio Público en su acusación fiscal, en razón de que según los hechos que esta contiene, estos dos menores juntos con el recurrente, Edgar Severiano Cantalicio Rojas y el otro procesado al cual se le reservó su juzgamiento, son los cuatro sujetos que habrían asaltado al agraviado, Carlos Walter Orihuela Duran, el día veintinueve de junio del dos mil nueve a horas once y treinta de la noche, en el lugar denominado Puente Colgante del distrito de Chontabamba, Oxapampa; sino que fueron procesados por ante un Juez de Familia vía proceso de Infracción a la Ley Penal, en tanto, eran menores de edad; mientras que el recurrente, Edgar Rojas Cantalicio y su otro co procesado Edison Jacinto Rojas Clemente no, por lo que se les procesó vía un proceso penal ordinario.

Los autores.

## **Capítulo I**

### **Generalidades**

#### **1.1. Antecedentes Generales del Caso**

El Código de Procedimientos Penales de 1940, esgrimió pocos dispositivos en cuanto la valoración de la prueba, prescribiendo disposiciones de orden formal como el artículo 62° en el cual se dispone: “La investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los Jueces y Tribunales, (...)”. Asimismo, tenemos, que a la fecha de la comisión de los hechos materia del proceso objeto de análisis, esto es, al veintinueve de junio de dos mil nueve, el segundo párrafo del artículo 72°, establecía: “Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento.”

Dicho dispositivo, fue conservado en la última modificatoria introducida al Código de Procedimiento Penales, mediante el Decreto Legislativo 1206 de fecha de publicación en el diario oficial El Peruano 23 de setiembre de 2015, toda vez, que en el inciso 3 de la modificatoria de ese artículo se señala: “3. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el Propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueron cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento.” Ello, pese a que, el artículo 1 de ese Decreto Legislativo señala que la modificación aludida tiene por “(...) finalidad brindar a los operadores del Sistema de Justicia Penal, mecanismos procesales que les permita una rápida y oportuna respuesta frente al delito, dotando eficacia a los procesos penales ordinarios y sumarios, (...)”. Es decir, incorporar mecanismos propios del Código Procesal Penal para la resolución de conflictos penales, sin embargo, lo que podemos advertir es que se implementó la oralidad para la presentación de cargos por el Ministerio Público para la determinación de la apertura de la instrucción, medida

restrictiva de prisión preventiva y fijación del plazo de la instrucción. Por lo que, en relación a la valoración de la prueba, sigue manteniéndose los mismos criterios hasta la actualidad.

Respecto a la valoración probatoria en sí en el Código de Procedimientos Penales, se tienen los artículos 280° al 285°, donde destaca el artículo 283° que establece: “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia. (...)”. Con dicho dispositivo claramente se advierte que el sistema de valoración que asume el Código de Procedimientos es el de la libre convicción, sin embargo, la jurisprudencia es quien se ha encargado de desarrollar sobre los tópicos particulares que se presentaron en la valoración probatoria, como es la valoración de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, pues, sobre ellos el Código de Procedimientos Penales no tiene establecido artículo alguno, lo que se debería a que situaciones como las del co imputado que declara sobre los hechos de otro co imputado, no se presentaron a la fecha de su dación y el legislador, por el desarrollo de la jurisprudencia y la reforma procesal penal, no ha visto la necesidad de introducir la regulación de esa y otras situaciones particulares.

Frente a lo que el Código de Procedimientos Penales ha establecido sobre la prueba y su valoración, el Código Procesal Penal ha establecido en su sección II, Título I, donde regula que es objeto de prueba y su valoración en el proceso penal, entre otros, criterios cualitativos a los cuales el Juzgador debe recurrir en cuanto tenga que realizar tan importante tarea, es así que en el artículo 158° se viene a establecer, que en la valoración el Juez debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

No obstante, a todas esas innovaciones en lo que atañe a la valoración de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, el Código Procesal Penal, tampoco estableció dispositivo que directamente regulara sobre ello, pues, si bien se tiene lo previsto en el inciso 2 del artículo 158° de ese cuerpo de leyes, en cuanto dispone: “2. En los supuestos testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras

pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.”

Como se puede advertir de la redacción de ese dispositivo, en modo alguno se puede inferir que de manera directa y expresa se haya regulado sobre la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, pues, las situaciones análogas a las que hace alusión dicho dispositivo, no decirse que incluye al supuesto en mención, en tanto, un co imputado que declara sobre los hechos de otro co imputado, no siempre podría tratarse de un arrepentido o colaborador con la justicia. Por lo tanto, tal como se tiene adelantado, es indispensable reparar en lo que la jurisprudencia ha desarrollado respecto de la declaración de un co imputado sobre otro co imputado mediante el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, en la cual se ha establecido, los requisitos que debe de cumplirse para verificar la idoneidad de dicho supuesto, como medio de prueba para destruir la garantía de la Presunción de Inocencia que la Constitución establece a favor de toda persona involucrada como imputado dentro de un proceso penal. Siendo que, como se desarrolla en ese mismo instrumento, al ser un co imputado que declara sobre los hechos de otro co imputado, donde también participó, un imputado y testigo a la vez, no puede ser considerado como un testigo propiamente dicho, pues, a diferencia del testigo ordinario su versión de los hechos bien puede obedecer a motivos espurios como favorecer a su defensa; de allí que en el 9 del instrumento en mención, se haya establecido requisitos obligatorios que se deben advertir cuando se valore la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado. Siendo esas reglas las siguientes:

- a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su declaración, que éstas no sean turbias o espurias; que suponga venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá el cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

- b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
- c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matices, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

Ese es, el escenario dogmático en el cual acaeció el procesamiento del hecho que se le incriminó al imputado, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, es decir, en la vigencia efectiva del Código de Procedimientos Penales, en tránsito a la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, donde, además, los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre tópicos específicos, que no eran regulados en los códigos, son los que orientan la resolución de un caso.

## **1.2. Determinación del Caso**

El presente proceso se trata de la instrucción seguida, en la vía el proceso ordinario, contra de Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente, en donde se les imputa, según acusación del Ministerio Público, que:

(...) el día veintinueve de junio del año dos mil nueve, entre las once y treinta y doce de la noche, aproximadamente cuando el agraviado Carlos Walter Orihuela Duran se dirigía a su vivienda, fue interceptado por cuatro sujetos a inmediaciones del Puente de Chontabamba, quienes portaban un arma blanca (cuchillo).

Previamente uno de ellos lo cogió del cuello, otro lo amenazó con el arma blanca hasta causarle lesiones, mientras otro le rebuscaba sus pertenencias, siendo que uno de los menores hacía de campana, sustrayéndole su celular

y la cantidad de cincuenta nuevos soles, producto de las lesiones con el cuchillo el agraviado presentó puñaladas en la parte dorsal posterior del cuerpo, habiendo sido hospitalizado en el Hospital de Es salud de Oxapampa.

En esa misma acusación fiscal se dice que:

con posterioridad al hecho descrito precedentemente, los asaltantes del agraviado retornaron a Chontabamba, donde gastaron el dinero, retornando en una combi a Oxapampa y como Edgar Rojas Cantalicio no tenía dinero para el pasaje deja en prenda al chofer el celular que arrebataron al agraviado, para ser recuperado al día siguiente por Julio Cesar Rojas Ponce, quien a la fecha de los hechos era menor de edad, luego de lo cual ingresa a un locutorio en Oxapampa donde se encuentra con su profesor, Zenón Carrera Sesa, a quien ofrece en venta el celular del agraviado por sesenta nuevos soles, de los cuales sólo le entrega diez.

Posteriormente el docente en mención da cuenta a la Policía de esa venta por parte de uno de sus alumnos, Julio Cesar Rojas Ponce, porque al parecer se trataría de un celular robado, ya que, pese a que en un primer momento le exhortó a que devuelva el teléfono a su propietario, este se negó y es cuando da cuenta a la Policía a lo que el menor es citado e interrogado que fue, narra los hechos y acepta su participación.

Por estos hechos el representante del Ministerio Público acusó a los procesados, Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente, por la comisión del delito de Robo Agravado, en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran, subsumiendo los hechos en lo dispuesto en el artículo 188° (tipo base) y los incisos 2, 3 y 4 del artículo 189° del Código Penal, así como en el inciso 1 del segundo párrafo del mismo articulado del Código Penal.

El artículo 188° del Código Penal a la fecha de la comisión de los hechos prescribía:

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 (...).

Mientras que el tipo del delito de robo agravado, previsto en el Artículo 189° del Código Penal, por la modificatoria introducida por el artículo 2 de la Ley 28982, establecía:

### **Artículo 189.- Robo agravado**

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

1. (...)
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. (...).

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

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
2. (...).
- (...)

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Sobre la concreción de los votos en discordia a nivel de la Corte Suprema, es menester recurrir a las actuaciones más relevantes que se desplegaron a nivel de todo ese proceso. Así en cuanto a la actuación policial, se tiene que se han actuado principalmente los testimonios de los co partícipes del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, esto es, de Edison Jacinto Rojas Clemente; así como de los menores infractores, Julio Cesar Rojas Ponce, de dieciséis años de edad a la

comisión de los hechos, y de Jhon Clemente Rojas, de diecisiete años de edad, en el caso de ambos a la fecha de la perpetración del asalto.

Así, el co imputado del recurrente, Edison Jacinto Rojas Clemente, a folios dieciséis, declaró:

(...) mi tío Edgar Rojas Cantalicio, nos dijo hay que cagarlo a este huevon para recuperar algo del auto radio. Entonces mi persona juntamente Julio Rojas Ponce, corrimos hacia la persona desconocida, Julio lo empuja y se cae al suelo y lo sujetaba, mientras yo le comencé a rebuscar los bolsillos, sustrayéndole su celular, luego corrí hacia el puente dejando a mi tío Edgar Rojas Cantalicio, Jhon Clemente Rojas y Julio Rojas Ponce en el lugar de los hechos.

(...) que Julio Cesar Rojas Ponce era quien portaba un cuchillo.

Por su parte el menor, Julio Cesar Rojas Ponce, a folios diecinueve a nivel de esa misma etapa señaló:

Edgar Rojas Cantalicio le cogió del cuello y lo tumbó al suelo y Edison Rojas Clemente empezó a rebuscarle sus bolsillos y demás prendas del agraviado, asimismo, Jhon Clemente Rojas estaba de campana un poco más arriba (...) yo estaba viendo lo que estaban haciendo y cuando empezaron a correr (...) empecé a correr (...).

Agregando, que Edgar Rojas Cantalicio le habrá metido cuchillo porque era la persona que lo tenía agarrado del cuello.

En esa misma etapa del proceso, Jhon Clemente Rojas, el otro menor que también habría participado en los hechos, manifestó a folios veinticuatro:

(...) que, su tío Edgar Rojas, nos indicó cagarlo ya que sería dicha persona que había robado mi auto radio, llegando cogerlo del cuello mi primo Edison

Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas Cantalicio, llegando a tumbarlo al piso en donde mi primo llegó a sacarle un celular de su bolsillo, (...) mi persona se limitó en sacarlo del lugar al sujeto.

Agrega, que antes del robo sacó un cuchillo de su casa y se lo entregó a Julio Rojas Ponce, (...) Julio Rojas le causó las lesiones en el cuerpo.

No menos relevante es la declaración del agraviado, quien por ante la Policía de Oxapampa, declaró:

Que, a las 04:00 de la tarde me dirigí a las plaza del distrito de Chontabamba con la finalidad de participar en un BINGO en donde estuve jugando hasta las 06:00 de la tarde aproximadamente, posteriormente a este juego me encontré con mis amigos y hermanos, con quienes me puse a tomar aproximadamente cinco cervezas, esto duró hasta las 11:15 de la noche después decidí retirarme de la fiesta que se venía realizando en la plaza de Chontabamba con motivo de sus fiestas patronales, en eso cuando estaba caminando pasé el puente colgante que cruza el río Chontabamba, habré avanzado unos 100 m. aprox. en donde me rodearon diciendo que pertenecían al Sendero Luminoso y sin motivo alguno me empezaron a golpear con puñetes y patas en diferentes partes de mi cuerpo, uno de ellos me cogió del cuello y me tumbó al piso y ahí me tenía inmovilizado, el otro rebuscó mis bolsillos en donde en el bolsillo delantero derecho de mi pantalón tenía un celular marca PANTECH, de color plomo y pertenecer a CLARO, asimismo, en este mismo lado del bolsillo tenía S/.50.00 N.S. y también me robaron una sudadera de color crema, de material algodónado y a la altura del pecho tenía algunas escrituras de los cuales no me acuerdo, todo eso me quitaron sin lastima alguna a pesar que les suplicaba y les pedía clemencia pero no me hicieron caso y continuaron pegándome, en eso sentí dos incohes en la espalda pensé que me estaban pateando, y cuando vieron que no tenía nada más se alejaron un poco y pude pararme, en ese momento me dijeron corre y salva tu vida, por lo que sin pensar dos veces emprendí una carrera veloz por espacio aprox. de 500 mtsaprox y cuando ya me encontraba alejado del sitio donde me

asaltaron empecé a sentir dolor en la espalda del lado izquierdo y a cogermé pude sentir que estaba sangrando, por lo que me dí cuenta que los incones no eran patadas sino puñaladas ocasionados por un cuchillo, pienso que si no hubiera tenido dinero en el bolsillo estos delincuentes me habrían matado cuando me alejé a consecuencia de la impresión del robo perdí el conocimiento y me desmayé, y cuando recobro nuevamente la conciencia pude ver que venía una moto a quien le solicité ayuda y me dijeron que iban a avisar a mis familiares, después apareció otra moto a quien también le pedí ayuda y esta persona me levanto a su moto y me llevó a mi casa de mis padres, dejándome en la puerta, a donde ingresé y me cambié de ropa y me recibió mi madre, quien me acompañó juntamente con mi hermana a mi casa para posteriormente dirigirme a ESSALUD de esta localidad.

Asimismo, en cuanto le interrogaron sobre si pudo reconocer a sus agresores, manifestó:

Que, esa zona donde me robaron es desolado y oscuro, por donde no transitan muchas personas y ese día de los hechos algunos de estas personas estaban con gorras, pero tenían el rostro descubierto, pero es difícil reconocerlos por la oscuridad que no se podía ver y eso aprovecharon los asaltantes.

De esta etapa también del caso destacar, la declaración del testigo Zenon Carrera Sesa, quien a folios catorce, en cuanto se le interrogó sobre cómo llegó a su poder el celular del agraviado, manifestó lo siguiente:

Que siendo el 30JUN09 ha horas 13:00 aproximadamente, en circunstancias que me encontraba en una cabina telefónica ubicado en el Jr. Mullembuk. Al costado de la Emisora "radio OXAPAMPA", después de haber hecho una llamada a mi domicilio, me llamó mi alumno JULIO CESAR ROJAS PONCE, alumno del Colegio Mariscal – Turno nocturno, quien me ofreció en venta dicho celular por la cual se me pregunta, la misma que hago entrega en estos momentos por la suma de S/.60 n.s. solamente como adelanto le ofrecí

S/.10.00 n.s. quedando para cancelarlo en la noche en horas de clase, para luego retirarme a mi casa, siendo a horas 13:30 aproximadamente llaman al Celular indicando con palabras soeces que Carlos estaba en el Hospital ES SALUD, pensé inmediatamente que dicho celular es producto del asalto que sufrió Carlos ORIHUELA, por lo que mis familiares se constituyeron a la casa de los padres del agraviado llevando el Celular para mostrárselos si era del agraviado, es sí que efectivamente le correspondía, entonces coordiné con los familiares del agraviado para que mi persona en forma voluntariamente entregaría dicho artefacto ante la autoridad Policial.

Después de esa etapa y formulada la denuncia penal por la Fiscalía en contra del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio y su co imputado Edinson Rojas Clemente, se instauró proceso penal en la vía ordinaria ante un Juez Penal o de instrucción, por la comisión del delito de Robo Agravado, porque tenía más de dieciocho años de edad. Siendo que contra el primero se dictó mandato de detención mientras que contra el segundo comparecencia con restricciones.

En esa etapa esencialmente se actuó la declaración del co imputado del recurrente, es decir, Edison Jacinto Rojas Clemente, quien a folios cincuenta y ocho manifestó:

(...) por insinuación de mi co procesado mi tío Edgar Rojas Cantalicio, optamos por asaltar al agraviado Carlos Orihuela Duran, a quien le hemos sustraído su celular y su dinero para continuar libando licor, hecho ocurrido aproximadamente a las veintitrés horas con treinta, pues Edgar Cantalicio Rojas lo agarra por la espalda al agraviado, el instruyente le busca el bolsillo y le quita sus pertenencias al agraviado, mientras que Julio Cesar Rojas Ponce amenaza con un cuchillo quien le mete puñadas en la espalda y después de robarle lo dejamos abandonado.

Además, se actuó la declaración del agraviado quien manifestó:

(...) que se ratifica en su declaración preliminar de que fue asaltado por dos inculpados y otros adolescentes cuando se iba a descansar a su domicilio,

quienes lo amenazaron con cuchillo y golpearon en el suelo, le quitaron su celular y la suma de cincuenta nuevos soles, llegando a ser hospitalizado por los hincos que le dieron.

No obstante, en esa misma etapa en cuanto se realizó la diligencia de inspección judicial, el agraviado, Carlos Walter Orihuela Durand, quien se encontraba en esa diligencia manifestó que el día del asalto: “no recordaba los hechos porque estaba ebrio.”

De esta etapa también es de caso destacar, la declaración del imputado recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, quien a folios sesenta y dos declaró:

(...) que el día de 28 de Junio comienzo a beber licor las ocho de la noche en la fiesta de Chontabamba, en compañía de cuatro personas a quienes no los conoce, hasta las dos de la mañana del día veintinueve aproximadamente, habiendo libado licor cuatro cajas conteniendo cerveza, hora en que me dirijo a los toldos a seguir libando licor en compañía de un amigo de WILLY FABIAN, hasta las dos de la tarde, quedándome dormido en el toldo, despertándome a eso de las seis a siete de la noche del citado día veintinueve de Junio para dirigirme a la fiesta patronal de Chontabamba, encontrándome con mi sobrino Edison Rojas Clemente, Jhon Clemente Rojas y dos amigos más, continuando con beber licor con dichas personas, no recordándome más de lo que había ocurrido.

En cuanto se le preguntó si había participado en la comisión de los hechos objeto de proceso, declaró:

(...) me encontraba ebrio, y mis sobrinos me dijeron que hubo una pelea y me dijeron que me había metido a defenderlos, dijo que no ha robado nada ni tampoco le ha lesionado al agraviado.

Además, es del caso destacar la Diligencia de Inspección Judicial y Reconstrucción de los hechos, que obra a folios ciento treinta, en el cual se ha dejado constancia de lo siguiente:

El lugar está ubicado a 10 minutos del Juzgado Mixto por la carretera de acceso Oxapampa-Tingo a bordo de una camioneta. El lugar es desolado tanto a la derecha como a la izquierda existen pastizales cerca dos con parantes de madera y parante de púas. Se aclara con alambres de pua al lado derecho se observa la asistencia de una cantidad de 40 cabezas de ganado vacuno y también existen arbustos propios de la zona entre ellos nogal, pacay, que sirven de sombra para semovientes ya descrito a una distancia de 80 m. Hacia lado oeste toman como referencia la sede del juzgado existe en el lugar inspeccionado un puente de barandas de fierro de color anaranjado por cuyo puente se ingresa al pueblo de Chontabamba que esto ubicado a 5 minutos de carro del lugar que se inspecciona se deja constancia que en el espacio de tiempo en que está durando la diligencia aprox.15 minutos han transitado 6 motos lineales, 01 auto, 02 motocar, es decir, hay fluencia vehicular por la zona. (...).

Terminado el plazo de la instrucción, después de su ampliación, se elevaron los autos por ante la Primera Sala Mixta de la Merced, la misma que después de recepcionada la remitió a la Fiscalía Superior, quien emitió la acusación Fiscal que obra a folios doscientos ocho en los términos antes referidos, luego de lo cual se emitió el auto de enjuiciamiento señalándose fecha para la audiencia de juzgamiento, la cual se llevó adelante conforme a las actas de folios doscientos ochenta y cinco y siguientes, después que se le revocara el mandato de comparecencia que se dictó a favor del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, por inasistir al inicio del juicio oral, pese a que se le notificó, tal como obra de la resolución de folios doscientos sesenta y siete; luego de lo cual se llevó adelante la etapa del juzgamiento.

En esta etapa, principalmente se actuó la declaración del imputado quien manifestó en igual sentido que en la etapa de instrucción, es decir, que no recordaba nada

del robo y agresión que se le imputa, pues, estaba ebrio. Asimismo, se actuó la declaración de la pareja del imputado en mención, quien manifestó que en efecto el acusado toma seguidamente. Luego de lo cual, se procedió a la lectura de piezas, tal como obra a folios doscientos noventa y tres, donde la fiscalía esencialmente solicitó la oralización de las declaraciones de los co partícipes del recurrente a nivel de la Policía, así como, del testigo Zenon Carrera Sesa.

Por su parte el abogado de la defensa se concentró en oralizar, el acta de inspección y reconstrucción judicial, donde el agraviado señaló que no recuerda la agresión que sufrió. Además, la instructiva del imputado y la transacción extrajudicial celebrada entre el padre del imputado y el agraviado, donde al último el primero le entregó trescientos soles por los perjuicios que sufrió durante el asalto objeto de proceso.

Luego de todas esas actuaciones se emitió sentencia condenatoria en contra del recurrente, por la comisión del delito de Robo Agravado, condenándolo a diez años solo por las agravantes previstas en los incisos 2, 3 y 4 del primer párrafo del artículo 189°, más no por la agravante del inciso 1 del segundo párrafo del artículo en mención, por considerar que no se constituye lesiones graves. En ese extremo, existe un voto en discordia sobre la configuración de la agravante prevista en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal, pues, contrario a la sentencia condenatoria en mayoría sobre el extremo de la responsabilidad de haber causado lesiones por el robo, consideró que también se configuró esa, sin embargo, no mostró su disconformidad con la pena de diez años que se le impusiera.

Contra dicha decisión se interpuso recurso de nulidad (apelación), tanto por parte del Ministerio Público como del abogado de la defensa; el primero, en el sentido de que se incremente la pena porque en los hechos desplegados por el imputado, Edgar Severiano Cantalicio, también se habría acreditado, que se subsumen en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal.

En el caso del segundo recurso, en el sentido de que se revoque la condena que se le impuso, sustentándose principalmente, en que las declaraciones de sus co imputados serían discrepantes entre sí y porque el agraviado declaró que no recuerda nada de los hechos porque estaba ebrio.

Una vez elevada la causa a la Corte Suprema de la República, los miembros de la Sala Penal Permanente emitieron el Recurso de Nulidad N° 1722-2013-Junin, por la cual, en mayoría decidieron absolver al imputado Edgar Severiano Rojas Cantalicio de los cargos que el Ministerio Público le incriminaba; por considerar, que las pruebas actuadas en el proceso no son suficientes para determinar la certeza de los hechos, en tanto, la valoración de la prueba para una condena debe ser la que se actuó a nivel de juicio oral y no la actuada a nivel policial. Asimismo, porque las declaraciones de los co investigados; esto es, de parte de los menores Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce; así como de su co imputado en el proceso, Edison Jacinto Rojas Clemente a nivel policial, este último quien además declaró a nivel de la instrucción, presentan contradicciones; y, por ende carecen del requisito de coherencia y solidez, que el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 ha establecido para la valoración de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado como prueba válida para destruir la garantía de la Presunción de Inocencia, que la Constitución le garantiza.

Existiendo de otro lado en minoría, una decisión discordante que opina, no solo que la declaración de responsabilidad penal sea confirmada sino que la pena sea elevada de diez a catorce años, por considerar, que con las declaraciones a nivel policial de los co investigados del recurrente, Jhon Clemente Rojas, Julio Cesar Rojas Ponce y Edison Jacinto Rojas Clemente y la declaración de este último a nivel de la instrucción; la responsabilidad penal del recurrente se encuentra suficientemente acreditada. Es decir, que esta posición, sí considera válido valorar las diligencias desplegadas a nivel policial. Precisando, que si bien las declaraciones de los co partícipes del recurrente presentan incoherencias entre sí, no son sustanciales y se encuentran justificadas; por lo que, para esta posición, si se presentan los requisitos que el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 estableció para la determinación de la validez de la declaración de un co imputado sobre los hechos

de otro co imputado, como prueba de cargo válida para destruir la garantía de la presunción de inocencia. Además, considera, que sí se configura la agravante del inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal y por ello que la pena puede elevarse a catorce años.

### **1.3. Justificación de la Metodología para el Estudio del Caso**

Esta investigación es de tipo funcional/sociológica, toda vez que a partir del desarrollo de las variantes dogmáticas y fácticas, que se tomaron en cuenta en esas dos posiciones en discordia objeto de análisis para evaluar el testimonio del co imputado del recurrente y de los menores que también habrían participado en el asalto objeto de proceso; se establecerá, cuáles las circunstancias que determinaron que se presentará esa discordia, pese a que en ambas decisiones se tomó el mismo instrumento para la evaluación de esas actuaciones, como es el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116.

Lo que se realizará, también, premuniéndonos de los métodos de interpretación sistemático, teleológico e histórico, por lo que se recurrirá al estudio de normas de diferente jerarquía, su finalidad y el contexto en el cual se dieron, sin descuidar lo que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado al respecto de la declaración de un co imputado sobre un hecho de otro co imputado.

### **1.4. Objetivos Generales del Trabajo de Análisis del Presente Caso**

#### **1.4.1. Objetivo 1**

Identificar la regulación sobre la valoración de la prueba en el Código de Procedimientos Penales y en el Código Procesal Penal, atendiendo a su relación directa con la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado.

#### **1.4.2. Objetivo 2**

Identificar el desarrollo legal y jurisprudencial sobre la declaración de un co imputado sobre un hecho de otro co imputado.

## **1.5. Conclusiones de la Parte General**

De manera general podemos concluir, que:

### **1.5.1. Primera Conclusión**

El motivo de que, a nivel de la Corte Suprema existan dos posiciones discordantes, al resolver la impugnación presentada por Edgar Cantalicio Rojas, contra la sentencia que lo condenó a diez años de pena privativa de libertad por el delito de Robo Agravado en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran; es porque cada una de ellas evaluaron las declaraciones de los co partícipes del recurrente, desde dos perspectivas distintas que se sustentan en las regulaciones, que sobre valoración probatoria establecen tanto por el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004.

### **1.5.2. Segunda Conclusión**

En el voto en mayoría, que decidió por la absolución del recurrente, se concluye que las declaraciones de los co investigados del imputado Edgar Cantalicio Rojas, afectan el requisito de la coherencia y solidez que el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 ha establecido como uno de los presupuestos para la evaluación de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado; mientras que en la posición en minoría, se señala que sí se encuentran presentes todos los requisitos que ha previsto el Acuerdo Plenario en mención; precisando, que si bien las declaraciones de los co investigados del recurrente presentan algunas incoherencias, estas no pueden ser tomadas como contradicciones propiamente dichas.

### **1.5.3. Tercera Conclusión**

La emisión del Recurso de Nulidad N° 1722-2013-JUNIN, se presentó en el marco de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004, que deroga el Código de Procedimientos Penales de 1940, a nivel nacional.

## **1.6. Propuestas de la Parte General**

### **1.6.1. Primera Propuesta**

Las autoridades de la Policía, Fiscalía y Poder Judicial involucrados en la investigación del delito, debieron ser más diligentes en la toma de las

declaraciones de los co partícipes del recurrente, pues, desde el inicio se advertía inconsistencias sobre la participación del recurrente Edgar Severiano Rojas Cantalicio, sin embargo, ninguno de ellos realizó pregunta al respecto. Ocurriendo lo mismo con la declaración del agraviado.

#### **1.6.2. Segunda Propuesta**

Existiría la necesidad de que la institución de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, deba ser regulada expresamente en nuestro Código Procesal Penal.

## **Capítulo II**

### **Diagnóstico**

#### **2.1. Propósito del Caso**

Las finalidades del análisis del caso es verificar:

##### **2.1.1. Primer propósito**

Verificar, si las posiciones discordantes que contiene el Recurso de Nulidad N° 1722-2013-JUNIN, asumen concepciones diferentes acerca de qué actuación debe ser considerada prueba y su valoración y si ello tiene relación con la regulación que sobre la valoración de la prueba contempla tanto el Código de Procedimientos Penales como el Código Procesal Penal del 2004; así como, si esas dos perspectivas distintas acerca de la prueba y su valoración, incidieron en la resolución de la causa.

##### **2.1.2.- Segundo propósito**

Establecer, si los extremos de las declaraciones de los menores, Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce; así como del co imputado, Edison Jacinto Rojas Clemente, presentan inconsistencias y contradicciones, que vienen a afectar los requisitos de coherencia y solidez que establece el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116; o, por el contrario, no las presentan y permiten verificar los supuestos del acuerdo en mención; de tal modo, que dan cuenta cómo fue la participación del recurrente en los hechos objeto de proceso.

#### **2.2. Diagnóstico Situacional del Caso**

El caso que es materia de análisis, es por un hecho perpetrado el veintinueve de junio del año dos mil nueve, por lo que, fue objeto de instrucción con las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940; sin embargo, su resolución respecto a uno de los involucrados Edgar Rojas Cantalicio, viene a darse recién en el año dos mil catorce, cuando ya se encontraba en vigencia el Código Procesal Penal en gran parte del Perú. Dicha situación habría sido

determinante para la resolución del caso, toda vez que la resolución definitiva habría recibido la influencia de este último dispositivo.

La implementación del Código Procesal Penal, ha demandado una gran cantidad de inversión por parte del Estado, tanto en la parte de contratación de personal como en la logística, toda vez que a diferencia del Código de Procedimientos Penales, por el Principio de División de Funciones, se viene a dar mayor preponderancia a cada uno de los actores que se ven involucrados dentro de un proceso penal, dotando de todo un soporte legislativo y material a cada uno de ellos, recayendo, sin embargo, un mayor despliegue en la implementación del Ministerio Público, a quien, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, se le enviste de la función persecutora e investigadora del delito, representante de la sociedad y con la obligación de la carga de la prueba de manera exclusiva. Lo que si bien, ya se encontraba previsto en la Constitución de 1993, pues en el artículo 159° se indica todas esas características de la función fiscal, sin embargo, el Código de Procedimientos Penales, aún no reflejaba ello, pues, como es sabido, el Juez instructor seguía realizando actos de investigación y en la mayoría de los delitos, también era quien sentenciaba a los procesados.

La función judicial con el Código Procesal Penal, a nivel de la investigación preparatoria, que antes era el de la instrucción, se restringe a la asegurar las garantías de los demás sujetos procesales, en cuanto vela porque la investigación sea llevada en equilibrio entre la obligación persecutora de delitos por parte del Ministerio Público y el respeto de los derechos fundamentales de los investigados. Es decir, que el juez, ya no tiene función investigadora como sucedía con el Juez de la instrucción en el Código de Procedimientos Penales, sino que ello es de pleno acaparamiento por parte del Ministerio Público. Sin embargo, debe de precisarse, que el Juez sigue conservado su función juzgadora, lo que se da a nivel de la etapa del Juzgamiento, esto es, después que el proceso ha sobrepasado la etapa de investigación preparatoria e intermedia; así la etapa de juzgamiento se encuentra a cargo de un Juzgado Colegiado o Juez Unipersonal distinto al Juez de Investigación, siendo que la competencia de si una causa se

corresponde a un Juez Unipersonal o un Juzgado Colegiado, se delimita a partir de la pena prevista para los delitos que contempla el Código Penal, esto es, que si el delito investigado contiene una pena privativa de la libertad por encima de los seis años el conocimiento de la causa le corresponderá a un Juzgado Colegiado y en cuanto la pena sea menor de seis años de pena privativa de la libertad, la causa corresponderá ser conocida por un Juez Unipersonal.

En cuanto a las partes procesales, con el Código Procesal Penal, cobra vital importancia la víctima, lo que no sucedía en el caso del Código de Procedimientos Penales, a la que a través del Ministerio de Justicia y la Fiscalía, se le dota de un soporte legislativo y material para asegurar el pleno ejercicio de sus derechos; de tal manera, que no se le sean desconocidos o soslayados como solía darse en el Código de Procedimientos Penales, pues, incluso se llegó a practicar como medio de prueba el careo entre una víctima menor de edad y su agresor.

Como se dijo precedentemente, la resolución definitiva del caso se vino a dar cuando se estaba implementando el Código Procesal Penal en el país, lo que habría conllevado a que se presenten esas dos posiciones discordantes que contiene en última instancia el proceso objeto de revisión; toda vez, que mientras el voto en minoría indica que las declaraciones a nivel preliminar o policial son válidas porque han sido realizadas en presencia del Fiscal Provincial; en el voto en mayoría se conceptúa, que solo constituye prueba la actuación sometida a juicio oral, donde se advierten los Principios de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad y que todo ello se da en etapa del juzgamiento, con lo que implícitamente se estaría negando la validez de esas declaraciones que se dieron en el presente proceso a nivel de la Policía, ya que no declararon ni a nivel de la instrucción ni juzgamiento, lo que es un claro ejemplo que esta posición se decanta por la aplicación de las reglas de valoración del Código Procesal Penal.

A nivel de la jurisprudencia sobre la valoración de la declaración de un co imputado sobre un hecho de otro co imputado, destaca el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en el cual se establecieron reglas especiales como requisitos para la valoración de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado; siendo que dicha institución no ha sido regulada por ninguna de las legislaciones, esto es, ni por el Código de Procedimientos Penales, ni por el Código Procesal Penal de 2004; el cual, si bien ha desarrollado con mucho mayor detalle que el Código de Procedimientos Penales, sobre la valoración de la prueba, sin embargo, no de expresa y directa, no legisló sobre el testimonio de un co imputado sobre un hecho de otro co imputado.

Los requisitos que desarrolla el Acuerdo Plenario en mención, sobre la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, tienen sus antecedentes en lo que al respecto estableció la jurisprudencia española, en la cual, tampoco se regulaba sobre el tópico en mención. Así se tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Español dictadas sobre esta materia, siendo la cuestión que resolvían, si aquellas manifestaciones podían ser aisladamente consideradas como prueba de cargo suficiente para justificar la condena del sujeto acreedor de las mismas o, por el contrario, era preciso la concurrencia de otras pruebas que confirmen o corroboren su fiabilidad. Esto es, si bastaría con la credibilidad intrínseca o subjetiva de aquellas declaraciones, o si sería necesario apreciar, además, una credibilidad extrínseca u objetiva.

A modo de ejemplo, tenemos a la primera de las Sentencias del Tribunal Supremo Español que alude a los elementos de verificación intrínsecos de la fiabilidad de las manifestaciones incriminatorias de los coimputados, la cual fue la del 12 de mayo de 1986 (RJA 2446/1986) en cuyo fundamento se dice que “este testimonio impropio, tan analizado por la dogmática científica italiana bajo la rúbrica de “chiamata di correo” o testimonio del coimputado, puede cuando menos estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo siempre que no concurren las dos circunstancias de que:

- a) Exista o subyazca en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indiciariamente, que el co implicado haya prestado su declaración guiado por móviles de odio personal, obediencia a una tercera persona, soborno policial mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc. Y
- b) Que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de auto exculpación.

Ese pues, ha sido el escenario jurídico de la valoración de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, en el cual se ha desarrollado el caso objeto de análisis.

### **2.3. Antecedentes de Detalle del Caso para su Análisis**

A nivel factico, se tiene que el hecho criminal materia de proceso sucedió cuando se llevaban adelante las fiestas por el aniversario del distrito de Chontabamba de la Provincia de Oxapampa, Departamento de Pasco, que celebra su aniversario cada año entre el veinticinco al treinta de junio, por el día de San Pedro y San Pablo; en donde, como en toda población de provincia, se llevan adelante diversas actividades con motivo de esa celebración como pueden ser serenatas con grupos de moda, bailes sociales, desfiles entre otras actividades, fechas en las cuales normalmente los pobladores concurren a divertirse y suelen tomar licor en exceso; por lo que, no es raro que por estas fiestas se incrementen la incidencias de delitos.

Respecto a la población y geografía, a la época de la comisión del delito, el distrito de Chontabamba se trataba de una población rural, cuya actividad principal era la agricultura, existía escases de servicios básicos como luz, agua y desagüe; así como de vías de comunicación asfaltadas. Es por ello, que presenta poca presencia de población en lugares que no sea aledaños al centro y ese precisamente es uno de los escenarios donde el agraviado del proceso sufrió el asalto objeto de análisis; ya que, el Puente Chontabamba se trata de una zona rural y alejada, sin mayor presencia de vivienda o personas,

y es muy oscura por las noches; todo lo cual, sumado al estado de ebriedad tanto de los agresores como de la víctima, habría facilitado la perpetración del hecho criminal objeto de estudio.

A nivel jurídico, el tópico de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, ha sido tratado esencialmente por la jurisprudencia; así, en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, se ha establecido con carácter vinculante en el fundamento 8, que el testimonio de un co imputado no puede equipararse a la de un testigo, toda vez que este viene a declarar sobre un hecho en el que participó, distinguiéndolo de un testigo común, ya que este declara sobre un hecho de otro y en el cual no participó.

Es del caso destacar que, en lo que concierne al testigo impropio, así se le ha denominado al procesado que declara en un hecho de otro co procesado, este tiene derecho a no auto incriminarse y en virtud a ello puede decir la verdad, mentir e inclusive guardar silencio; lo que también vienen a ser características que lo distinguen de un testigo común, pues, los testigos comunes se encuentran obligados a decir la verdad, ya que de comprobarse que mienten pueden inclusive cometer falso testimonio.

De allí, que la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario precitado ha establecido que, si bien las circunstancias antes descritas hacen que la declaración de un testigo impropio, en principio no pueda ser tomado como prueba de cargo válida en contra de un imputado. Sin embargo, si aquella actuación cumple ciertos requisitos, este puede ser considerado como prueba de cargo válida con la entidad suficiente para condenar a un co imputado. Por lo que, en el fundamento 9 de ese Acuerdo Plenario se establecieron las características en virtud a los cuales, la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, tiene la entidad suficiente para ser considerada como prueba para condenar a una persona.

Estos requisitos, han sido tomados como premisa en las dos posiciones que contiene el Recurso de Nulidad materia de análisis; sin embargo, cada uno

concluye de una forma distinta, pues, mientras el voto en mayoría lo hace por la absolución, el voto en minoría lo hace por la condena.

## **2.4. Aspectos Teóricos de los Delitos y el Proceso Penal Pertinente**

### **Aplicables al Caso**

#### **2.4.1. Presunción o Estado de Inocencia**

La presunción de inocencia, es un derecho fundamental dentro de nuestra regulación; así como una garantía de la administración de justicia de más alto nivel, en ambos casos como consecuencia del derecho a la libertad. Así, en el plano de la legislación internacional, tenemos que dicho derecho ha sido reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8.2., señaló: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

Sin embargo, dicha garantía tiene sus antecedentes en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, es decir, en la Revolución Francesa de 1789, pues en el artículo 9 de dicho instrumento, se estableció: “Debiendo presumir a todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlos, todo rigor innecesario para apoderarse debe ser severamente reprimido por la ley.”

A partir de la Revolución Francesa, el derecho a la Presunción de Inocencia se ha ido consolidando a nivel de la legislación internacional; así, en el instrumento que generó, esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el inciso 1 de su artículo 11, señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho que la culpabilidad sólo se podrá probar en juicio que constituya un debido proceso.”

Asimismo, en el inciso 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece: “2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley (...).”

A nivel de la legislación internacional americana, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es de considerar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XXVI prescribe: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes pre existentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas”.

En nuestra regulación interna, la Constitución Política de 1993 sobre ese derecho en el artículo 2 inciso 24, apartado e) establece: “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:  
(...)  
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:  
(...)  
e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”

En el Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, sobre el derecho en mención se ha prescrito:

#### Artículo II

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

Por su parte la doctrina ha definido a la presunción de inocencia, como:

(...) un derecho constitucional, por el cual se considera a priori, como regla general, que todas las personas actúan conforme con la recta razón, comportándose de acuerdo con los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico; mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible, determinadas por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido proceso.

Este principio supone que el imputado sea inocente (como si se tratase de describir una determinada situación), sino de que no sea considerada ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare así. (Villegas Paiva, 2015, pág. 71)

El profesor Marcial Rubio Correa (1999) sobre dicho principio refiere:

Como es evidente, este artículo se refiere a la inocencia frente a problemas de naturaleza penal: nadie es delincuente hasta que haya sido sentenciado y condenado definitivamente. (Pag. 477).

En ese mismo sentido, dicho autor señala: “La declaración judicial de responsabilidad equivale a la última sentencia posible en el proceso penal del caso,(...)” (Rubio Correa, 1999, pág. 478).

Sobre dicho principio, Bernalés Ballesteros (1999), destaca: “La norma es de cumplimiento obligatorio por todos. Y Particularmente los medios de comunicación social deben tener especial cuidado en observarla (...). Cuando un medio de comunicación da por

delincuente a quien aún no ha sido condenado está configurando un abuso del derecho a informar u opinar” (Pág. 174).

Al respecto, a nuestra consideración, el derecho a la presunción de inocencia, constituye una garantía de todo ciudadano, que se encuentra frente un proceso penal, el cual, mientras no se haya emitido sentencia firme o definitiva sobre su responsabilidad penal, con las garantías del debido proceso, no puede ser tratado como culpable o responsable de la comisión de un delito. Precisamente por ello es importante, tal como lo refiere Bernales Ballesteros, que los medios de comunicación sean muy cautelosos con la información que dan cuando presentan a una persona que se encuentra involucrado en un hecho criminal, pues, aún haya suficiente evidencia para rotularlo y tratarlo como un delincuente, ello no quita el derecho que tiene a ser tratado como un inocente mientras no exista sentencia penal definitiva que así lo haya declarado. Lo que lamentablemente, no ha sido advertido por nuestras autoridades de más alto rango, en tanto, en el 2012 se promulgó el Decreto Supremo N° 05-2012-JUS, de fecha de publicación en el diario oficial El Peruano, 11 de febrero de 2012, por el cual, se derogó el Decreto Supremo N° 01-95-JUS, en el cual se disponía:

Artículo 1.- Prohíbese, a partir de la fecha, la presentación pública por parte de la autoridad policial de los detenidos con motivo de la comisión de cualquier delito.

Exceptúese de esta prohibición a los implicados por delito de traición a la patria que pertenezcan al grupo dirigenal de una organización terrorista, sea en calidad de líderes, cabecillas, jefes u otras equivalentes, que se encuentren debidamente identificados como tales por la autoridad pública.

Es decir, por el Decreto Supremo N° 05-2012-JUS, no solo permitió, sino que además facultó, a las autoridades policiales presentar a las

personas investigadas por la comisión de cualquier delito como si fueran delincuentes sentenciados ante la opinión pública. Lo que claramente vulnera el derecho a la Presunción de Inocencia. Sin embargo, es de resaltar, que frente a esa norma se han promovido acciones judiciales, así el Poder Judicial ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el conflicto normativo que se generó entre dicho dispositivo y el principio en mención en la Sentencia Acción Popular N° 16682-2012-Lima, emitida por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, resolviendo por la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 05-2012-JUS y con ello separándola del ordenamiento jurídico peruano por vulneración del derecho de Presunción de Inocencia y el Honor; con la consiguiente reincorporación del Decreto Supremo 01-2005-JUS a nuestra regulación, esto es, que se encuentra prohibido presentar a los detenidos por la comisión de algún delito.

No obstante, a pesar que existe una norma que prohíbe presentar a los investigados como delincuentes, es común ver en los medios de comunicación como las personas detenidas son mostradas ante la opinión pública por la Policía y otras autoridades, como si fueran ya condenados. Al parecer eso se debería más a una cuestión de una costumbre muy arraigada dentro de la Policía de mostrar sus logros y con ello, considerar como una implícita autorización, el de vulnerar derechos de los ciudadanos. Lo que desde luego carece de toda lógica y desde esta investigación lamentamos.

Quizás por ello, penalistas autorizados convienen en que el término Presunción de Inocencia no es el correcto; así, Ore Guardia (2016) citando a Manzini, refiere: “es un contrasentido jurídico, nada más burdamente paradójico e irracional, pues no cabe pretender la inocencia de un sujeto que se encuentra procesado, precisamente, por haber indicios incriminatorios en su contra, (...)”

Asimismo, San Martín Castro (2015) citando a De Oliva, señala

“(...) técnicamente no es una presunción porque no reúne sus elementos típicos. La presunción, como se sabe, supone dos hechos: el indicio o base y el presunto, la cual ni legal ni constitucionalmente admite la inexistencia de autoría o participación, de culpabilidad o de responsabilidad a partir de unos hechos que, en virtud de máximas de la experiencia, recogidas o no legalmente, permitan esa inferencia lógica. (pág. 115).”

De tal manera, que en consonancia con Vivas Ussher, San Martín Castro, concluye:

se trata más bien de un verdadero estado de inocencia de toda persona constitucionalmente garantizado, que se concreta cuando existe una imputación contra alguien, de suerte que el imputado se mantendrá inocente durante toda la tramitación del proceso penal, inocencia que solo desaparecerá con la sentencia firme que lo declare culpable (Pag.115-116).

Por nuestra parte, consideramos que el Principio de Presunción de Inocencia, es la garantía por la cual, toda persona que se encuentra sometida a una incriminación penal, debe ser tratada como inocente; de tal manera, que se encuentra proscrito cualquier acto en su contra que conlleve el desconocimiento de esa circunstancia; debiéndose regular sobre los supuestos que quebranten esa garantía y las sanciones que ello pueda conllevar, pues, como se ha podido advertir, es común que la Policía y los medios de comunicación, vulneren ese derecho con la consiguiente denigración de la dignidad de las personas tratadas y/o exhibidas como delincuentes, sin que exista sentencia que así lo haya determinado.

Sobre el término Estado de Inocencia en lugar de Presunción de Inocencia, consideramos junto con Ore Guardia (2016), “no puede entenderse en sentido estricto, sino como una concesión que anteladamente tiene un investigado para que no se le trate como responsable penal, cuando aun no se cuenta con sentencia definitiva que así lo declare” (Pag. 115). Además, como se podrá advertir de los instrumentos internacionales citados como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración de los Derechos Humanos, siempre consideraron el término presumir y, en el sentido de que se encuentra prohibido que se trate como culpables penalmente a una persona que es recientemente detenida; de tal manera, que dicho término debido a su longevidad de su uso en el sentido señalado, lo más conveniente que debe seguir conservándose. Tan es así, que es poco común que las instancias encargadas de resolver conflictos se refieran al Principio de Presunción de Inocencia como Estado de Inocencia, pues, realizada una búsqueda en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, solo algunas sentencias como la recaída en el Exp. 8811-2005-PHC/TC-Lima, en donde, no se desarrolla por qué debe indicarse Estado de Inocencia en lugar de Presunción de Inocencia, sino únicamente que se configuró una actividad probatoria suficiente para desvirtuar el estado de inocente del demandante.

Por otro lado, este derecho, como es la característica de los derechos fundamentales, tiene a su vez diversos componentes o vertientes, los cuales a decir de Neyra Flores (2010) son:

- a)** Como principio informador del proceso penal (esto es, como concepto en torno al cual se construye un modelo procesal),
- b)** Como regla de tratamiento durante el proceso penal (el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas deben ser mínimas),

c) La presunción como regla de prueba, y

d) La presunción de inocencia como regla de juicio. (Pag.170-171)

De esas vertientes para nuestra labor es del caso destacar a la Presunción de Inocencia como Regla de Prueba, toda vez, que como es sabido para condenar a una persona por la comisión de un delito, tiene que ser en mérito a suficientes medios probatorios que precisamente destruyan la presunción de inocencia; lo que debe distinguirse de la variante de dicho principio como regla de juicio, que está referida al hecho de cuando el Juzgador, no logra alcanzar el grado de certeza que exige una condena porque se presentan pruebas de cargos y de descargo en igual intensidad; y, por ende, hacen que se configure un estado de duda sobre la responsabilidad penal o no de imputado y que ello, y no la insuficiencia de la actividad probatoria, es la que opera para la absolución del imputado.

En ese sentido para Villegas Paiva (2015) la presunción de inocencia como regla probatoria: “implica la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, suficiente, practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria.” (pag. 78). De dicho concepto, se infiere que la presunción de inocencia como regla probatoria a su vez implica otros dos componentes y ellos son la existencia de una actividad probatoria suficiente y que la misma haya sido practicadas con respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales correspondientes. En relación al primer supuesto, cabe traer a consideración, lo que la Corte Suprema ha señalado en el fundamento séptimo de la Casación N° 003-2007, en cuanto ha establecido:

Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad

probatoria realizada en el proceso sea suficiente, (...) ello quiere decir primero, que las pruebas – así consideradas por la ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación – al respecto objetivo de los hechos— y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

En nuestros términos, la suficiencia de pruebas está referido a que las actuaciones desplegadas dentro del proceso, deben dar cuenta de todos los hechos que se le imputan a un procesado como delito; de tal manera, que pueda advertirse que en efecto, si se perpetró la comisión del tipo penal y la participación del imputado; y, por ende, puede hacerse responsable e imponerse una condena. En caso contrario, se presentará una ausencia de la actividad probatoria; y, por ende, no se podrá configurar la destrucción de la presunción de inocencia que exige una condena penal, debiendo en este caso el Juzgador absolver al procesado.

Sobre el segundo componente, a decir de Neyra Flores (2010):

(...) implica una incorporación de pruebas respetando los principios de pertinencia, conducencia, utilidad y relevancia y sobre todo todo principio de orden constitucional. Asimismo, dentro del juicio oral la prueba ha de actuarse bajo el respeto de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y concentración. (Pag. 175).

Lo que, en palabras de San Martín Castro (2015), tiene como consecuencia que:

“(...) no puede utilizarse para fundar un juicio de condena la denominada prueba prohibida, o sea aquella fuente de prueba obtenida y/o medio de prueba incorporado al proceso –en las

actividades de obtención de la fuente de prueba y/o de incorporación o actuación de las mismas al proceso— con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, la cual carece de valor alguno, sea que se trate de prueba originaria o prueba refleja —aquella obtenida y actuada cumpliendo los requisitos inmediatos que la ley impone, pero a través de una información o a partir de una evidencia anterior (prueba originaria) inconstitucional (...). (Pag.115).

Por nuestra parte, podemos afirmar que el hecho, que las pruebas hayan sido practicadas con respeto a las garantías procesales y derechos fundamentales, implica que el proceso penal, como mecanismo para alcanzar la justicia, no puede recurrir a medios que implican vulnerar, lo que pretende salvaguardar, pues ello sería consustancialmente contradictorio y le negaría legitimidad. Por lo que, se hace indispensable, que se salvaguarde los derechos del imputado en el sentido de cómo se obtienen y actúan las pruebas.

#### **2.4.2. Valoración Probatoria**

##### **A. La Prueba**

La prueba como concepto, "(...) está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria y vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica y que varíe según la clase de actividad o ciencia (...)." (Davis Echandia, 1976, pág. 9). Desde un punto de vista técnico jurídico, prueba en materia penal, podemos definirla como los actos procesales que "cumplidos con el auxilio de los medios previstos o (...) autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación." (Palacio, 2002, pág. 12). A todo ello, queremos destacar, la importancia de la prueba, pues, a través de la historia se ha constituido, tal como lo afirma Cafferata Nores (1998), en "(...) el medio más confiable para descubrir la verdad

real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.” (Pag.5).

## B. Evolución de la Prueba

A través de la historia del derecho procesal penal, la prueba como medio por el cual se puede llegar a descubrir la verdad de los hechos, ha pasado por varios estadios; sin embargo, siguiendo a Cafferata Nores (1998), podemos distinguir dos momentos históricos claramente definidos acerca de lo que vendría a ser la prueba, así tenemos:

La primera etapa de la historia donde la determinación de la responsabilidad penal de un imputado, se hacía por intermedio de la interpretación de lo que alguna divinidad había dispuesto (ordalias y juicios de Dios); mientras la segunda, se refiere a la etapa en la cual, se exigía que dicha circunstancia fuera producto de una valoración del juez, es decir, de su intelecto y del pronunciamiento de su voluntad. (Pag.4)

La primigenia etapa de la evolución de la prueba, se daba en la época antigua y media, respondiendo a formas de Estado autoritarios cuyo ejercicio del poder se basaba en la divinidad de sus gobernantes; mientras que la segunda, es una característica de la etapa moderna y post moderna y responde a formas de Estado democráticos y constitucionales. En esta última etapa, “se introduce la necesidad de que la prueba responda a una determinada política criminal; así como al avance de la tecnología y de la ciencia”. (Cafferata Nores, 1998, pág. 5). Por lo que, aparecen los sistemas de valoración probatoria, los cuales se fueron sucediendo uno a otro conforme a la política criminal y el ordenamiento jurídico que a raíz de ella iba adoptando cada Estado.

### C. Sistema de Prueba Legal o Tasada

Este sistema, se caracteriza porque es “la ley la que establece o prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba”. (Talvera Elguera, 2009, pág. 106)”. Abundando sobre lo antes dicho, el mismo Talavera Elguera, citando a Asencio Mellado, señala:

La prueba tasada consiste en el establecimiento por parte del legislador, y consiguiente imposición al juez, de un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar convicción; esto es, se establece un numerus clausus de medios probatorios, sancionándose, además, de forma previa –en lo que constituye una sustitución de la labor del juez por el propio legislador—, el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba, así como las condiciones y requisitos que han de sucederse para alcanzar un determinado valor absoluto o parcial. (Talvera Elguera, 2009, pág. 106)

Dicho sistema fue al que se adscribió el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, pues, en aquel se regulaba sobre la prueba plena y semi plena indicándose cuál era el valor probatorio que se el juzgador debía asignar a cada una de ellas; así se prescribía que:

(...) la prueba era plena cuando la única consecuencia que de ella podía deducirse era la culpabilidad del acusado; y semiplena, cuando no excluía la posibilidad de que el acusado fuera inocente, o menos culpable, del delito que posibilidad de que el acusado fuera inocente, o menos culpable, del delito que se le imputaba. (Talvera Elguera, 2009, pág. 106).

#### D. Sistema de Libre Convicción

Este sistema nace como “como reacción frente al sistema de prueba legal o tasada” (Miranda Estrampes, 2016, pág. 3)”. A raíz de ello, ahora, “(...) el juez forma su convicción sobre la base de las pruebas, sin sujetarse a reglas jurídicas preestablecidas (Talvera Elguera, 2009, pág. 108).” Algunos autores, Neyra Flores (2010), desarrollan y consideran al sistema de libre convicción como uno distinto al de la íntima convicción; mientras que otros consideran a la íntima convicción y libre convicción o sana crítica como dos expresiones del sistema de libre convicción en la valoración de la prueba. Así, Talavera Elguera, (2009) desarrolla dichas variantes como dos componentes de la libre convicción o libre valoración propiamente dicho. Por nuestra parte nos adherimos a esta última posición, pues, la diferencia entre uno y otro son de razones de interpretación y no así que en la íntima convicción, se encontraba proscrito observar las reglas de la racionalidad o de la ciencia, que en específico caracterizan a la sana crítica o libre convicción en nuestros Códigos actuales (Davis Echandia, 1976)

##### a) **Íntima Convicción**

Esta concepción de la valoración de la prueba, tiene su origen en el “juicio por jurados” (Neyra Flores, 2010, pág. 557). Asimismo, fue producto de la revolución francesa y por ende de las leyes revolucionarias, en donde destaca la introducción del juicio por jurados. Asimismo, consideraron, que los juzgadores no debía dar razones sobre cómo valoraban la prueba o que medios de prueba habían considerado para emitir su decisión, pues, debían resolver conforme a su íntimo parecer y leal entender; es decir, en total libertad. (Miranda Estrampes, 2016).

**b) Sistema de Libre Convicción o Sana Crítica**

Al igual que el anterior, en este sistema se otorga libertad al juzgador al momento de valorar la prueba, sin embargo, ya no se entiende que su decisión solo pueda sustentarse en su íntima convicción o leal entender propiamente dicho. Es decir, sin explicar por qué valora una determinada actuación y su sentido, pues, tiene que motivar su decisión en consonancia con los principios y garantías constitucionales; así como, en corrección con las reglas que rigen a la lógica, la ciencia y la experiencia. (Talvera Elguera, 2009).

**E. Valoración Probatoria en el Código De Procedimientos Penales De 1940**

El Código de Procedimientos Penales de 1940, estableció escasos dispositivos sobre la valoración probatoria propiamente dicha; siendo prácticamente el artículo 283º, el único dispositivo que de manera directa y expresa regula sobre dicha actividad tan importante, así en el artículo en mención establece: “Los hechos y as pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”.

No obstante, dicho cuerpo de leyes, también estableció una serie de dispositivos que preveían, qué actuación debía considerarse como prueba, en ese sentido destacan especialmente los artículos 62º y el primer párrafo del inciso 3 del artículo 72º; en tanto, cada uno en su oportunidad, establecen:

**Art. 62.- Valor probatorio del atestado policial**

La investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los

Jueces y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 283° del Código.

### **Art. 72.- Objeto de la instrucción**

(...).

3. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para efectos del juzgamiento.

(...)

Sobre el sistema de valoración probatoria, según Talvera (2009), si bien el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, en mérito a considerar el criterio de conciencia, evidenciaba que dicho cuerpo de leyes, asumía el sistema de libre convicción, en modo alguno, conllevaba a que el juzgador cuente con instrumentos racionales para la valoración de la prueba. Asimismo, con lo establecido en los artículos 62° y 72° se introducía la posibilidad de considerar como, pruebas propiamente dichas a actos de investigación, lo que se posibilitaba, más aun, con lo normado en el inciso 1 del artículo 262° de dicho dispositivo, establecía: “Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental.” En igual sentido, se tiene lo señalado en el artículo 280°, en cuanto establece: “La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar a confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción.”

Con todo lo cual, en efecto, se evidencia esa circunstancia, que a decir de Hernandez Canelo, (2013), citando a Zavala Loaiza,

Carlos, nos refiere, que dichas disposiciones conllevaron a que en la sentencia se considere todas las actuaciones, que no solo se hayan producido oralmente en el juzgamiento sino también aquellas que solo se hubieran leído, con lo que, en palabras del mismo autor siguiendo a Roxin, en la práctica conllevaron a soslayar el principio de oralidad; y, por ende, que la sentencia sea en base a material leído en juicio. En igual sentido, se vulneraba el principio de inmediación, en tanto, el juez de la sentencia, ya no tenía ese contacto directo con la prueba porque bastaba su lectura a nivel del juzgamiento.

Además, en la realidad dicha legislación llevó a, “la progresiva minusvaloración del juicio oral como la etapa principal del proceso penal, que en su momento abrió paso a sucesivos cambios que eliminaron la audiencia reuniendo al juez instructor la conducción del sumario y del plenario.” (Hernandez Canelo, 2013, pág. 621).

A decir de San Martín Castro (2004) ello fue porque en el Código de Procedimientos Penales, se dio “(...) carta de ciudadanía a la denominada Policía Judicial” (p. 38). Asimismo, en palabras del mismo autor, “se consolidó la autonomía funcional de la actividad policial respecto de la intervención fiscal y de los actos procesales judiciales, a la que se le otorgó validez o eficacia jurídica propia, (...)” (San Martín Castro, 2004, p. 39).

#### F. Decreto Legislativo 1206

Como se señaló precedentemente, una de las situaciones que se configuraron cuando se emitió el Recurso de Nulidad que de manera definitiva resolvió la situación legal de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, fue que se venía implementando el Código Procesal Penal en el Perú, clara muestra de ello es el Decreto de la referencia, en tanto, fue dado el 23 de setiembre de 2015,

incorporando la institución de la audiencia de presentación de cargos para la apertura de instrucción, determinación de la prisión preventiva y fijación del plazo de la instrucción. Es decir, se instauró la oralidad como mecanismo para la resolución de conflictos penales, en pos de la finalidad que ese mismo dispositivo estableció, el cual fue, según la exposición de motivos de esa Ley, dotar de herramientas procesales que brinden mayor eficiencia y eficacia a los actos de investigación del fiscal y el juez instructor en los procesos penales sumarios y ordinarios.

Dicho dispositivo modificó los artículos 49, 72, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales, sin embargo, para efectos de la presente solo es del caso reparar en los siguientes dispositivos:

Artículo 3.- Modificación de los artículos 49, 72, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales de 1940:

Modifícanse los artículos 49, 72, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales de 1940, bajo los siguientes términos:

“Artículo 49.- Facultad de dirección y control del juez

El juez penal es el director de la instrucción. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de ella. Asimismo, le corresponde garantizar el cumplimiento de los plazos legales de la investigación preliminar y la instrucción. Su inobservancia acarrea responsabilidad disciplinaria”.

“Artículo 72.- Objeto de la instrucción

1. La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación

que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización.

2. Durante la instrucción el juez actuará las diligencias que sean propuestas por las partes, siempre que resulten pertinentes, conducentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.

3. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. En este caso, no podrán repetirse una vez emitido el auto de apertura de instrucción, salvo que su ampliación resultare indispensable, debido a un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos probatorios.”

“Artículo 77.- Audiencia de presentación de cargos

1.- Emitida la formalización de la denuncia penal, el representante del Ministerio Público deberá notificar dicha resolución a las partes; y solicitará por escrito al Juez Penal que fije fecha y hora para la audiencia de presentación de cargos, indicando el delito imputado y los datos de identificación de las partes con fines de notificación.

2.- La audiencia de presentación de cargos es inaplazable. Se instalará con la presencia del Fiscal y el defensor del imputado, pudiendo participar los defensores de las demás partes. El imputado que no contare con defensor privado será asistido por un defensor público.

3.- Recibida la solicitud del representante del Ministerio Público, el Juez deberá fijar la audiencia en un plazo no mayor a cinco

(5) días hábiles. Para la notificación de los sujetos procesales se empleará el medio alternativo más célere e idóneo. En los casos en que el imputado se encontrare en detención la audiencia se realizará dentro de las 48 horas.

4.- Instalada la audiencia, el Juez concederá el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin que sustente su denuncia, explicando los hechos, la calificación legal y los actos de investigación actuados que justifiquen la apertura de instrucción.

5.- Acto seguido, se escuchará al defensor del imputado quien podrá ejercer contradicción a lo alegado por el Fiscal y solicitar auto de no ha lugar conforme a lo previsto en el ARTÍCULO 77- a. si está presente el defensor del agraviado, podrá solicitar su constitución en parte civil conforme a lo previsto en los artículos 55 y 57, seguidamente se escuchará al tercero civil. El Juez podrá formular las preguntas o aclaraciones pertinentes y, finalmente escuchará al imputado.

6.- El juez resolverá oralmente en audiencia la procedencia de la apertura de la instrucción, para ello, realizará un control de legalidad de la imputación formulada y determinará si existen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.

7.- Emitido el auto de apertura de instrucción, el Juez instará a los sujetos procesales a que:

a) Acuerden los hechos que aceptan y que dará por acreditados, obviando su investigación.

b) Propongan acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.

Los acuerdos de los sujetos procesales vincularán al Juez.

8. Acto seguido, el Juez solicitará al representante del Ministerio Público, así como al defensor del imputado y del agraviado, postulen los actos de investigación que acrediten su pretensión, debiendo indicar la necesidad de los mismos. Sólo se ordenarán los actos pertinentes, conducentes y útiles conforme al objeto del proceso.

9. Atendiendo a los actos de investigación ordenados en la instrucción, el Juez penal fijará el plazo de la misma, aplicando el principio de razonabilidad. En un plazo no mayor a tres (3) días hábiles de realizada la audiencia, el Juez notificará a los sujetos procesales inasistentes de las diligencias programadas.

10. La audiencia concluye con la emisión del auto de apertura de instrucción, el cual es inimpugnable, salvo en el extremo que resuelve los actos de investigación postulados por las partes e impone la medida coercitiva. La apelación es sin efecto suspensivo. En estos casos, el Juez elevará en el día el cuaderno a la Sala Superior, la que fijará audiencia en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad. La audiencia es inaplazable y se instalará con quienes asistan. Habiendo escuchado a las partes la Sala Superior resolverá por escrito en un plazo de 48 horas.

11. En los casos que el representante del Ministerio Público requiera la prisión preventiva del imputado, dicho requerimiento

se discutirá en la misma audiencia, una vez fijados los actos de investigación y el plazo de la instrucción.

12. En los casos de investigaciones complejas el Juez a fin de emitir la resolución, podrá suspender la audiencia hasta por 48 horas.

De los modificatorias antes citadas, podemos advertir, que en relación a la valoración de la prueba se sigue manteniendo lo establecido en el artículo 72°, en el sentido que los actos de investigación realizados en la etapa inicial del proceso con la presencia del Fiscal y el abogado defensor, siguen siendo consideradas como actuaciones válidas para efectos del juzgamiento, es decir, se siguen considerando medios de prueba.

Otro aspecto que cabe resaltar, es que se ratifica que el Juez de la Instrucción es el director de esa etapa procesal y, por ende, se ratifica que el sistema procesal penal al que se adscribe el Código de Procedimientos Penales, es el sistema mixto, pues, el Juzgador sigue conservando facultades de investigación, lo que en el Código Procesal Penal, solo corresponde al Ministerio Público.

De otro lado, se tiene que, si bien se instauró la figura de la audiencia de presentación de cargos para efectos que el Fiscal y defensa, con la asistencia de la parte agraviada discutan frente al Juez si procede o no aperturar instrucción, una eventual prisión preventiva y el plazo de ambos. Es decir, la oralidad y la división de funciones de los sujetos procesales, sin embargo, ello no se condice con el sistema procesal penal que asume el Código de Procedimientos Penales, pues, aun así se discutan esos tópicos de manera oral, las decisiones que podría tomar al respecto el Juzgador en el Código de Procedimientos Penales,

siempre conllevaran a considerar la variable de que es él y no el Fiscal quien tiene que llevar adelante los actos de investigación; de tal manera, que por ese contacto con los hechos y los actos iniciales de la investigación, lo más probable es que siempre decida por la apertura de instrucción y la imposición de una medida de detención; así como fijar un plazo mayor para cada supuesto discutido, ya que será él el responsable del éxito o no de la instrucción; y, por ende, las decisiones que tomen bien pueden afectar el Principio de Imparcialidad que caracteriza a la judicatura.

Por lo tanto, no basta introducir una figura que en su realización conlleve una de las tantas características del Sistema Acusatorio, que es el que recoge el Código Procesal Penal, sino que se debió advertir si en verdad ello, dotaba de eficacia al proceso, pues, si no se condice con el Sistema Procesal que asumió el Código de Procedimientos Penales, lo más que se habría incorporado es un trámite adicional para la determinación de supuestos jurídicos que en el antiguo modelo, no tenían mayor problemática.

#### G. Valoración Probatoria en el Código Procesal Penal de 2004

Por expresa disposición del inciso 2 del artículo 393º del Código de Procesal Penal de 2004, el sistema de valoración al que se adhiere el modelo procesal penal en mención, es el de la sana crítica, en tanto, aquel dispositivo prescribe: “(...)La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.” Con lo cual, claramente se advierte que, además de tener libertad en la valoración probatoria, tan igual como sucede en el sistema de íntima convicción, el juzgador debe respetar “los principios de la recta razón” (Talvera Elguera, 2009, pág. 108). En ese sentido,

queda proscrito que el Juzgador, no motive sus decisiones y por el contrario, se encuentra obligado a hacerlo exponiendo la línea de su argumentación y razonamiento que le lleva a una conclusión, en base a los criterios en mención.

Desarrollando cada una de esas variables para la valoración probatoria, podemos afirmar, que el criterio de las reglas de la lógica se refiere, tal como lo afirma, Talvera Elguera, (2009) “a las reglas básicas de la lógica” (p.110). Esto es, a los principios de identidad, contradicción, principio de tercero excluído y razón suficiente; de todos ellos, el que resulta especialmente relevante para nuestro caso es el de contradicción, por el cual, no se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo.

En lo que respecta a las máximas de la experiencia, el mismo autor antes indicado, manifiesta, que se trata del conjunto de reglas, que sirve de guía para al juzgador en la valoración de la prueba y toma de decisión, que pueden provenir de cualquier campo de conocimiento del ser humano y por ende, pertenecer a un determinado tiempo y espacio en el cual se le otorgue validez o que pueda sustentar la corrección de un juicio.

Las reglas de la ciencia, siguiendo al mismo autor, se refiere, al conjunto de leyes que otras ramas del conocimiento humano nos ofrece; dentro de las cuales destacan las leyes de la física de Newton.

Otra característica de la valoración probatoria en el Código Procesal Penal, es cuando de manera expresa reconoce a la etapa principal del proceso penal a la del Juzgamiento. Asimismo, introduce una serie de Principios específicos para efectos de la actuación probatoria. Además, vincula

expresamente dicha actividad a las garantías y principios que se prevén no solo en la Constitución sino también los que Tratados Internacionales de Derechos Humanos del cual es parte el Perú. Así, el primer párrafo del artículo 356° del Código Penal, prevé:

1. El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas en la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria.

Dicho reconocimiento claro y expreso del juicio oral como la parte vital de todo el proceso penal es, porque, en palabras de Peña Cabrera Freyre, (2016) citando a Binder en aquella, “se resuelve o redefine, (...) el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal” (p. 741). Lo que, no solo conlleva a la exaltación de esta etapa sino también la subrogación de las demás a esta, con lo que ya no se advertirá, como sucedía en el Código de Procedimientos Penales, que otras etapas se erijan como independientes y carentes de consonancia con las demás del proceso penal, especialmente a la del juzgamiento, a tal punto que incluso la llegaban a subordinar.

En ese mismo sentido, el mismo autor nos refiere, que el reconocimiento del juzgamiento como la principal del proceso penal, conlleva a que:

(...) debe estar revestido de una serie de garantías que se adscriben en la idea configuradora del debido proceso, donde toman lugar los principios fundamentales que inspiran a toda sociedad democrática y humanista, que pretende garantizar un

máximo de racionalidad y certeza en las decisiones jurisdiccionales (...) (Peña Cabrera Freyre, 2016, p. 743-744).

De los principios que informan al juicio oral, es conveniente referirnos a los Principios de Inmediación, Contradicción y Oralidad. En lo que atañe al primero de ellos, Neyra Flores (2010), citando a Guerrero Peralta, refiere que es la interacción directa entre, no solo el juzgador y el imputado, sino también con los otros medios probatorios y personas que intervienen en el juicio; lo que tiene por finalidad, como manifestó el mismo Neyra Flores, (2010) citando a Andrés Baytelman:

que la información sea confiable (...). Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta o escucha su sola oralización, entonces simplemente no está en condiciones de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho.” (p. 328).

Con dicho principio, como afirma Neyra Flores (2010), se garantiza, además de lo antes indicado, que el juez no pueda utilizar como pruebas los actos escritos; así como tampoco, aquellas que no han sido desplegadas en su presencia en el acto del juzgamiento; salvo que se traten de las excepciones previstas por ley, como son la prueba pre constituida y la prueba anticipada.

El Principio de Contradicción, según Neyra Flores, (2010), “(...) guía todo el desarrollo del juicio oral, pero esencialmente la actividad probatoria, pues otorga la posibilidad de los sujetos procesales de realizar sus planteamientos, aportar pruebas, discutirlos, debatirlos, realizar las argumentaciones iniciales, finales y realizar opiniones (...)”. (p.335).

En el caso de San Martín Castro (2015) sobre dicho principio, señaló:

Rige tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas. La prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes. (p.514).

Para Peña Cabrera Freyre (2016), “La contradicción se deriva del derecho irrestricto de defensa, de conocer la acusación formulada el derecho a la réplica, como fundamento esencial para refutar y contrarrestar las peticiones de la parte contraria.” (p.753-754). Asimismo, como señaló el mismo autor (2016) y como también es el caso del Principio de Inmediación, la prescripción en el Código Procesal Penal del principio en mención como criterio orientador, obedece a obtener la mayor fiabilidad posible sobre cómo sucedieron los hechos, “(...) es decir no se puede hablar de prueba en términos estrictamente procesales, si es que no se actúa el medio de prueba a través del método de la contradicción.” (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 754).

Sobre el Principio de Oralidad, no es otra cosa, que el medio de comunicación, que distinta al de la escrituralidad, debe regir entre las partes y el juez para realizar sus pedidos o rebatir los de la parte contraria; así como para dar a conocer sus decisiones, Peña Cabrera Freyre (2016).

Otra de las características de la prueba en el caso del Código Procesal Penal, es la que delimita a qué actuación se considera prueba propiamente dicho, pues, el inciso 1 del artículo 393º del Código Procesal Penal de 2004, en cuanto prescribe: “El Juez

no podrá utilizar para la deliberación prueba diferentes a aquellas incorporadas en el juicio.” Así, no solo queda consolidada la posición de dicho ordenamiento de dar a la etapa del juzgamiento, la de mayor importancia sino también consolidar que prueba propiamente dicha, es la que se despliega en juicio oral, con lo que a su vez queda proscrita la posibilidad de no considerar como prueba aquella actuación que no se ha realizado en el juzgamiento. Así también lo ha señalado Peña Cabrera Freyre (2016), en cuanto manifestó:

El juzgamiento importa, por ende, la fase principal del Proceso penal, en la medida, que en su ínterin, toma lugar la verdadera actuación probatoria, (...). No puede, por tanto, hablarse de “prueba” en un estadio anterior, esto quiere decir, que las actuaciones que toman lugar en la etapa de Instrucción Judicial, son estrictamente investigativas, por lo tanto, constituyen evidencias y/o indicios que no pueden ser valordos para definir un acto de condena o en su defecto una absolución. Es por ello, que en el caso del Código de Procesal Penal, en el artículo 383° ha previsto, que “Solo podrán ser incorporadas al juicio para su lectura” donde da cuenta de algunas circunstancias, como la muerte de quien expidió un pericia, y no así, encualquier situación, que justifican la lectura de piezas en el juzgamiento; de tal manera, que no se configure como una regla, como era el caso del Código de Procedimientos Penales, que solo bastaba la lectura de piezas a nivel del juzgamiento para dar por descontado que nos encontramos frente a una prueba. Es decir, se ha establecido como una regla expresa, que no se puede incorporar a una causa penal actuaciones que no se hayan desplegado dentro del juicio oral.

En forma resumida, podemos afirmar que el tratamiento del Código Procesal Penal sobre valoración probatoria, a diferencia

del Código de Procedimientos Penales, no solo se limita a reconocer a la libertad como elemento esencial de la actividad probatoria por parte del juez sino que dota al Juzgador de una serie de herramientas jurídicas para llevar adelante tan importante labor, que van desde garantías o principios para su actuación y valoración, pasando por instrumentos de corte técnicos y hasta prohibiciones como excepciones expresas, con lo que se asegura que la valoración en sí, cumpla con los estándares de racionalidad y razonabilidad que exige toda decisión jurisdiccional; con lo que a su vez, se garantiza que nuestra legislación interna se encuentre de acorde con los Principios y Garantías que no solo informa la Constitución sino también los Tratados Internacionales; de allí, por ejemplo, que a pesar que no esté contemplado como una garantía expresa en el Código Procesal Penal, el juez debe motivar su apreciación que sobre las pruebas que sustentan su decisión, en tanto, dicha garantía esta contemplada en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales.

Aunado a ello, podemos afirmar, que al reconocer al Juzgamiento como la etapa más importante de todo el proceso penal; así como, que prueba viene a ser la actuación sometida a los principios y reglas del juicio oral, no solo se establece la preponderancia del juicio oral frente a las otras del proceso; de tal manera, que determina a las otras; sino que, además, se delimita qué debía considerarse como prueba propiamente dicho; de tal modo, que ya no debería suceder como en el Código de Procedimientos Penales, pues, con el hecho de que las actuaciones policiales podían ser consideradas como prueba, no solo se desnaturalizó que podía y que no, considerarse como prueba propiamente dicho; sino que, además, a esa etapa del proceso, la dotaban de un carácter independiente y preponderante frente a las otras, lo que sucedía

también al nivel de los funcionarios, pues, evidenciaba que en la realidad, no debía existir mayor control sobre las actuaciones de la Policía por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial.

Sobre la valoración probatoria, también es del caso destacar acerca de la **sospecha** como un nuevo concepto considerado en el Código Procesal Penal, pues, el artículo 329 inciso 1, al respecto refiere: “1. El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres del delito.”

Así, se tiene que la sospecha ha sido considerada en nuestra legislación como el grado inicial de conocimiento que requiere el inicio de una investigación penal. Sin embargo, ha sido desarrollado con mayor alcance y en relación a todas las etapas del proceso en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 en el cual, desarrollando sobre los Alcances del delito de lavado de activos: artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; y, estándar de prueba para su persecución procesal y condena, en su fundamento 24°, señaló:

**A. La sospecha inicial simple** –el grado menos intensivo de la sospecha– requiere, por parte del Fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos –solo con cierto nivel de delimitación–y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito –en este caso de lavado de activos–[Cfr.: Claus Roxin, Obra citada, p. 329]. Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos –aunque con cierto nivel de delimitación–, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna –esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de la sentencia–.

(...) Si no está claro si las circunstancias conocidas hasta el momento ponen de manifiesto una conducta punible, cabe una indagación preliminar. Desde esta perspectiva, para incoar diligencias preliminares solo se precisa de la posibilidad de comisión de un hecho delictivo. Es, pues, un juicio de posibilidad que realiza el Fiscal, que es el que funda el iuspersequendi del fiscal, y que exige una valoración circunstanciada de su parte [Francisco Ortego Pérez: Obra citada, p. 53]

(...)

**B. La sospecha reveladora** para la disposición de formalización de la investigación preparatoria –el grado intermedio de la sospecha–, en cuanto imputación formal de carácter provisional, consiste en la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta de lavado de activos, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación –los elementos de prueba, como se sabe, son los que se utilizan para la construcción de una sentencia– para incoar un proceso penal en forma y, en su día, servir de presupuesto necesario para la acusación y la apertura del juicio oral –en este supuesto la investigación arroja mayor claridad sobre los hechos objeto de averiguación–. Los hechos para la dilucidación, en el momento procesal oportuno, de la acusación solo podrán determinarse en su extensión y necesaria explicitación hasta el término de la investigación preparatoria.

(...)

**C. La sospecha suficiente**, idónea para la acusación y para la emisión del auto de enjuiciamiento –el grado relativamente más sólido de la sospecha–, en la evaluación provisoria del hecho exige, a partir de los elementos de convicción acopiados hasta el momento, una probabilidad de condena (juicio de probabilidad positivo) –que ésta sea más probable que una absolución. Esto

es, que consten datos de cargo, desfavorables al imputado y que prevalezcan respecto de los datos que lo favorezcan o de descargo, que fundan el progreso de la persecución penal [Julio B. J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2da. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 496]–. (...).

(...)

Se reclama, enseña Ellen Schlüchter, respecto de la probabilidad de condena, como pauta de la sospecha de criminalidad suficiente, el cumplimiento de tres presupuestos: (i) que la acusación ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente, demostrable a través de los medios de prueba; (ii) que los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal o del Derecho Penal especial; y, (iii) que no existan obstáculos procesales [Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 98]. No es de descuidar, por cierto, que exista probabilidad acerca de la existencia de los elementos de imputación que consten en las actuaciones de la investigación preparatoria –que aparezca como probable una condena– [Julio B.J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo III, 1ra. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 359]

**D. La sospecha grave**, propia para dictar mandato de prisión preventiva –el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento–, requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) [Claus Roxin: Obra citada, p. 259]. Ésta es una *conditio sine qua*

non de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal.

(...)

No se exige, por ello, prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino únicamente la existencia de indicios o elementos de convicción fundados y graves de la comisión de una actividad delictiva y de los demás presupuestos de punibilidad y perseguibilidad, y a partir de ellos de su responsabilidad penal. (...)

La expresión “sospecha grave” debe ser interpretada en sentido cuantitativo, es decir, denotando un grado de intensidad mayor que la precedente, que permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito [OdoneSanguiné: Prisión provisional y derechos fundamentales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 471].

Sobre ello, es de nuestra consideración, que la sospecha en otros términos, puede ser asimilada a los grados de conocimiento que se van desarrollando a lo largo de todo el proceso, pues, de una incertidumbre sobre la existencia o no de los hechos y de quien sería el autor de su perpetración, el proceso ha sido diseñado para que la Fiscalía salga de esa incertidumbre y llegue a la certeza, pasando por la duda, posibilidad y probabilidad; de tal manera, que una vez alcanzado el grado de certeza procede a acusar; siendo que por su parte; la judicatura, es la certeza el grado de conocimiento que tiene que alcanzar para condenar a una persona. Por lo que, en realidad no se trataría de una nueva definición o concepto, sino de una definición distinta de una misma situación, que desde luego para mejor ilustración resulta ser mas conveniente, pues, la sospecha y los diferentes grados de su despliegue, resulta ser

más comprensivo que los grados de conocimiento, propio de las ciencias exactas.

H. Otros topicos sobre la prueba desarrollados por el Código Procesal Penal de 2004.

A todo lo antes desarrollado es del caso incidir en tópicos que no fueron desarrollados por el Código de Procedimientos Penales; sin embargo, si lo fueron por parte del Código Procesal Penal de 2004, por lo que es del caso reparar en los tópicos de Objeto de Prueba; Organo de Prueba; Prueba Indiciaria; Prueba Prohibida y Prueba Irregular.

I. Objeto de prueba

Según el art. 156, inc. 1 del Código Procesal Penal, establece que: "(...) son objeto de Prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito."

Al respecto, Cusi Rimanche Jhon Eber (2016) señala:

La norma es clara al afirmar que el objeto de la prueba es el el "hecho", éste debe entenderse que la imputación que realiza el representante del Ministerio Público cuente con la claridad y precisión fijando así el hecho punible la cual será subsumida en el tipo penal pertinente.

Complementando la definición, el mismo autor citando a Percy Chocano Nuñez en Derecho Probatorio y Derechos Humanos, refiere:

(...) que el objeto de prueba es el hecho punible, el mismo, puede ser demostrado directa o indirectamente. Ahora, si queda

acreditada no cabrá duda alguna de la responsabilidad penal del acusado, de tal modo, la presunción de inocencia quedará destruida, contrario sensu seguirá vigente y deberá absolverse al acusado. (p.33)

En ese mismo sentido, a decir de Rosas Yataco Jorge (2016) citando a Mixán Máss en “Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba” sobre el objeto de prueba argumenta:

(...) es el contenido de la acusación que será materia de debate probatorio en juicio. En el acusatorio con el juicio oral propiamente dicho, el debate contradictorio es entre las partes sobre el objeto de prueba. (...). Esa actuación se concreta bajo control recíproco, sin perjuicio de las potestades del director del debate. (p.63)

Al respecto San Martín Castro César (2015) citando a Klippel/Adomias, refiere:

El objeto de la prueba responde a la pregunta ¿Qué puede ser probado en juicio? La respuesta más genérica incide en que se prueba los datos jurídicos que contienen los pedidos deducidos en juicio, puesto que en sede de enjuiciamiento existe una regla, (...) que el juez desconoce los hechos que le son presentados por las partes. (p.507)

Para delimitar dicho concepto, también es del caso considerar que, tal como lo refiere el mismo autor comentando el inciso 2 del artículo 153° del Código Procesal Penal: (...) se excluye de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, cosa juzgada y lo imposible (...). (p.507)

En ese mismo sentido, “No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio” (Nakazaki Servigón, 2009, p.142).

Por nuestra parte, podemos afirmar, que objeto de prueba es lo que las partes pretenden acreditar en el juzgamiento a través de sus pretensiones, lo que conlleva un hecho determinado y la subsunción que de aquel se hace en un tipo penal determinado; sin embargo, no todo puede ser objeto de prueba, pues, no podría ingresarse a considerar supuestos como la existencia de la ley, máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia; de tal modo, que dichos supuestos quedan soslayados como supuestos a probar.

J. Órgano de prueba

Según Jauchen, Eduardo (2017) define el órgano de prueba como:

Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba. El conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez (como perito, interprete o traductor) o bien accidentalmente (en caso del testigo, o la parte que confiesa). El juez no es órgano de prueba, sino del destinatario de los datos que aquellos traen al proceso. (p.44)

Del mismo modo, Rosas Yataco Jorge (2016) refiere:

(...) el órgano de prueba es la persona que, considerada como elemento de prueba, lo trasmite o incorpora al proceso penal,

con la finalidad de que el juez tome conocimiento y lo valore para resolver la cuestión conforme a su libre criterio. (p.34)

Complementando al respecto, el mismo autor citando a Cafferata Nores en “La prueba en el proceso penal” señala:

De ahí que se diga que su función es la de “intermediario” entre la prueba y el juez (por eso, a este último no se lo considera órgano de prueba). El dato conviccional que trasmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito). (p.35)

En otras palabras, Organos de prueba, es toda persona que evidencia un hecho delictivo o el profesional que toma cuenta de él, por mandato de la judicatura. Es decir, se trata de los testigos y/o peritos, que por haber advertido el hecho de manera directa o indirecta, o por encargo del Juez, informan del mismo a los demás sujetos procesales, coadyuvando con ello, ya sea a resolver el caso o sustentar la teoría del caso de uno de los sujetos procesales.

#### K. Prueba Prohibida y Prueba Irregular

Otro de los tópicos que el Código Procesal Penal regula y que es de especial trascendencia para la actividad probatoria, es la Prueba Prohibida, tan es así, que en su Título Preliminar artículo VIII ha prescrito:

**1.-** Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso con un procedimiento constitucionalmente legítimo.

**2.-** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

**3.-** La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado, no podrá hacerse valer en su perjuicio.

La dogmática especializada sobre dicha institución ha esgrimido ingentes conceptos; sin embargo, para efectos de la presente solo se tiene en consideración las definiciones y delimitaciones más importantes que sobre ella han dado indistintos autores. Así, según Ascencio Mellado José M (2015) la prueba prohibida consiste:

El concepto de prueba prohibida se reserva a la que tiene su origen en la valoración de un derecho fundamental producida, no en el momento de su incorporación al proceso, sino durante el desarrollo de la actividad de búsqueda y obtención del material probatorio que pretende ser incorporado al proceso por resultar útil al conocimiento o averiguación de los hechos objeto del enjuiciamiento. (p.143)

En cuanto a la naturaleza de la prueba prohibida, se tiene que en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada, no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, “existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso” (Chirinos Ñasco, 2018, p.160). Precizando más con relación a la naturaleza de la prueba prohibida, el mismo autor en mención, la distingue como auténtico derecho fundamental y como límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba; siendo que en el caso del primero la define como: “(...) es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como

prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental admite limitaciones en su ejercicio” (p.160).

Sobre la prueba prohibida como límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba, citando a la STC N° 06712-2005-PHC/TC, señala: “(...) que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, pues se trata de supuestos de prueba prohibida”. (p.161).

Así las cosas, podemos definir a la prueba prohibida como aquella que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, sin embargo, tiene su límite en otros derechos de igual connotación, pues, como todo derecho fundamental su protección no es absoluta; siendo los efectos del mismo el apartamiento de la prueba y inutilización para todos los efectos, lo que se extiende a las actuaciones que de ella se derivan. Siendo el caso precisar, no obstante, que debe distinguirse la prueba prohibida de la irregular, ya que al respecto siguiendo a la Corte Suprema, es necesario realizar la siguiente distinción recogida en la Casación N° 591-2015-HUANUCO:

(...) la prueba irregular como la distinción de la prueba cuya ilicitud se origina en la infracción de una norma legal procesal ordinaria o infraconstitucional -la cual a su vez pueden formar parte, como una expresión específica, del conjunto de garantías derivadas de otro derecho fundamental- sea para su obtención o práctica, esto es aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. En este supuesto nos referimos a una prueba irregular, la cual no es una categoría distinta de la prueba ilícita sino una modalidad de esta última.

Sobre ello, Chirinos Ñasco (2018) refiere que “cuando la ilicitud de esta prueba sea como producto de la violación de una norma infraconstitucional, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, estamos hablando de una prueba irregular”; (...). (p.173).

Por nuestra parte, sobre la distinción entre prueba prohibida y prueba irregular, podemos indicar, que en el caso del primero se atañe a la violación de un derecho fundamental o constitucional; mientras que en el segundo, se atañe a la vulneración de un derecho infraconstitucional o legal; siendo también por ello, distinta la consecuencia de una y otras, en tanto, en el caso del primero solo cabe el apartamiento de la prueba del proceso y de toda actuación que de ella derive; lo que no sucede en el caso de prueba irregular, ya que, bien puede ser objeto de subsanción o convalidación, es decir, la prueba no necesariamente queda invalidada o debe ser apartada de la causa.

#### L. Prueba Indiciaria

##### - Definición

Según Ascencio Mellado José M (2015) la prueba indiciaria:

(...) es un medio probatorio esencial e imprescindible en el proceso penal, toda vez que por la propia naturaleza de los delitos y su forma de comisión en la cual la impunidad es buscada de propósito, difícilmente se pueden hallar pruebas directas de la culpabilidad.

Rechazado, pues, el sistema inquisitivo en el cual era necesario siempre obtener una prueba directa recurriéndose al tormento en busca de la confesión cuando faltaba la testifical, la prueba

indiciaria es la reina del proceso penal, y cualquier intento de oponerse a la misma es, desde luego, o puede constituir una imprudencia o una pretensión desatinada y falta de objetividad. (p.298).

Villegas Paiva Elky Alexander (2019) respecto a la prueba indiciaria, refiere:

Es aquella actividad dirigida a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que, no son elementos constitutivos del delito objeto de acusación, permiten inferir, a través a través de la lógica y de las reglas de la eperiencia, la comisión de los hechos delictivos materia de investigación y la intervención del procesado en los mismos, siendo tal la conexión lógica entre aquellos hechos probados con los hechos penalmente relevantes que no puede ponerse en duda la certeza de este último con la prueba de los primeros.

Entonces, de lo que se trata es que en la prueba indiciaria se conocen determinados hechos que no son aquellos sobre los que se funda la causa , es decir, no son los que se pretende constatar; sin embargo, a partir de ellos y mediante una operación mental, el juzgador logra concluir en la verificación del hecho o hechos principales. (p.106)

Según Suárez Vargas Luis (2009) sobre la prueba indiciaria refiere que:

En realidad, los indicios y presunciones son útiles porque resulta difícil tener siempre una prueba plena de los hechos.por ese motivo, incluso los textos escritos deben ser tomados muchas veces a manera de indicios a partir de los cuales debemos inferir situaciones mayores que no estan acreditados directamente sino

solo indirectamente a través de una organización intelectual de los indicios. Es por ello que siempre ha sido de alguna manera indispensable pero que actualmente ha adquirido mayor relevancia en ciertas áreas donde la prueba directa es improbable, como es el caso del lavado de activos, las obligaciones fiscales, etc. (Suarez Vargas, 2009)

Sin embargo, no podemos olvidar que la prueba indiciaria es la menos rigurosa, por tener menor grado de inmediatez y mayor grado de especulación, por lo que, solo en condiciones muy especiales pasa el umbral de convencimiento necesario para ser considerada como prueba jurídica. (p.108)

#### **- Elementos de la prueba indiciaria**

En la jurisprudencia peruana referente a la prueba indiciaria en la Sentencia N° 00728-2008-PHC/TC en el caso de GIULIANA FLOR DE MARIA LLAMOJA respecto a los elementos de la prueba indiciaria se precisa:

(...) que lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Así, como se puede ver, la prueba indiciaria es una construcción de otros tantos componentes u elementos, que a decir de la doctrina mayoritaria y como se puede ver también la

jurisprudencia, son: El Indicio, La Inferencia Lógica y el Hecho Inferido o Presumido.

Sobre el **indicio** Villegas Paiva Elky Alexander (2019) citando a Asencio Mellado en “Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria” refiere:

(...) es aquel dato real, cierto, concreto con aptitudes para conducir a otro dato aún por descubrir, dato indicado por medio de una inferencia correcta vinculada con el tema probandum. Ningún hecho o circunstancia es un indicio por si mismo, sino cuando se conecta con otra realidad. Una puerta sin rastro de haber sido forzada no significa nada y, por tanto, no merecerá nuestra atención. Sin embargo, ese dato en la escena de un crimen puede adquirir relevancia y significado si nos permite formular una hipótesis del tipo “la víctima conocía al asesino” y, conforme avanza la investigación, ella es corroborada. En ese mismo sentido el mismo autor redondeando el concepto de indicio citando a Zavaleta Rodriguez en “Razonamiento Probatorio a través de indicios” refiere que si una circunstancia no lleva a abducir nada sobre un aspecto relativo al tema probandum, es lógicamente irrelevante y, por tanto, no puede ser calificada como indicio. (p.108)

**Sobre la inferencia lógica** según Garcia Cavero Percy (2010) es “(...) el proceso racional realizado por el juez penal que le lleva a concluir, a partir del indicio probado en el caso concreto y en atención a la regla del criterio humano pertinente, la prueba del hecho penalmente relevante”. (p.66)

**Sobre el hecho inferido o presumido** conforme Garcia Cavero Percy (2010) citando a Talavera Elguera en “La prueba en el nuevo proceso penal”, refiere:

(...) que es un hecho no probado directamente, pero cuya existencia se tiene por cierta. Para que el juez llegue a la convicción de la existencia del hecho inferido, es necesario que cuente con indicios debidamente probados, de los que pueda deducir concluyentemente la existencia del hecho inferido a través de un razonamiento lógico sustentado en una ley científica, una regla lógica o una máxima de la experiencia. (p.69)

Por nuestra parte, cabe afirmar, que la prueba indiciaria se refiere a una construcción, pues, a diferencia de la prueba directa, no es un instrumento a partir del cual la información sobre los hechos fluya de manera inmediata o sin realizar operación alguna; sino, que requiere de la concurrencia del total de sus elementos para su configuración; sin embargo, ejecutada de manera correcta, bien puede dar cuenta de cómo sucedieron los hechos, tan es así, que es común que en los casos penales cada vez con mayor incidencia la Corte Suprema recurra a tal instrumento para dar con la verdad de los hechos.

M. El Delito de Robo Agravado y la agravante durante la noche

a) El Robo

El tipo base del delito de robo, se encuentra previsto en el artículo 188° del Código Penal, el cual, a la fecha de la comisión de los hechos preveía lo siguiente:

**Artículo 188°.-** 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 seis ni mayor de quince años.

Desarrollando los componentes de la teoría del delito, al caso del delito en mención se advierte los siguientes componentes:

b) Tipicidad

**a. - Tipicidad objetiva**

**a.1.- Comportamiento típico**

En relación al componente en mención, siguiendo a Salinas Sicha (2018), podemos afirmar que la acción típica en el caso del delito de robo simple, se configura cuando el agente sustrae parte o todo un bien mueble del poder de quien se encontraba, valiéndose para tal propósito de la violencia contra la persona o amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física.

Sobre el mismo tópico en el Acuerdo Plenario N°3-2009/CJ-116, se ha establecido como doctrina legal, que:

(...) La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de la violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo—han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

**a.2.- Apoderamiento ilegítimo**

El primer componente de la conducta que sanciona el delito de Robo, es el del apoderamiento del bien mueble total o parcialmente ajeno de manera ilegítima por parte del agente. Lo que implica, el estado de disponibilidad en el que se coloca el agente sobre la cosa, pero sabiendo que

es total o parcialmente ajeno, logrando con ello, obtener la capacidad de disponer de ese bien, (Galvez Villegas & Delgado Tovar, 2012).

### **a.3.- Bien mueble total o parcialmente ajeno**

El concepto de bien mueble para el derecho penal, comprende: "(...) todos aquellos objetos de naturaleza inmaterial o material, siempre y cuando pueden ser susceptibles de valoración económica y de ser desplazados de un lugar a otro." (Peña Cabrera Freyre A. , 2008, pág. 157). Partiendo de ello, con respecto a la ajenidad del bien, podemos afirmar, siguiendo al mismo autor, que se trata de un elemento normativo, pues, como a su vez refirió, García Cavero, (2008), se trata de realizar una valoración para establecer su configuración; por lo que, para tal supuesto, habrá que advertir que el bien mueble, en su integridad o de manera parcial, no le pertenece al sujeto activo del delito sino a la víctima de su acción, pues, como Salinas Siccha (2018) señaló: "bien ajeno"(...) es todo bien mueble que no nos pertenece y que por el contrario pertenece a otra".

### **a.4. Acción de sustraer empleando la Violencia contra la persona y/o amenaza de un peligro inminente.**

La sustracción, conlleva, trasladar un bien mueble de la esfera de dominio del sujeto pasivo a la del agente, (Salinas Siccha, 2018). No obstante, como es unánime en la dogmática y jurisprudencia, ese acto, en el caso del robo, debe realizarse a través de la violencia y/o la amenaza, pues, lo que diferencia al robo del hurto, es el de los medios utilizados para concretizar ese apoderamiento del bien mueble (Galvez Villegas & Delgado Tovar, 2012). Asimismo, esa acción debe ser desplegada sobre la

persona, pero, no necesariamente sobre aquella que tenga el bien sino también puede ser desplegada sobre una con la cual ostenta tal grado de relación, que hace que se desprenda del bien de su propiedad, en tanto, esa es la finalidad de ese medio utilizado (Peña Cabrera Freyre A. 2008).

En el caso de la **violencia**, se refiere a la fuerza física aplicada para vencer la resistencia que la víctima pueda oponer a la sustracción de sus pertenencias. Sin embargo, debe tratarse de una con entidad suficiente; de tal modo, que se le pueda distinguir de un simple arrebato de pertenencias, pues, en tal supuesto nos encontraremos frente a un Hurto (Peña Cabrera Freyre A. , 2008).

En cuanto a la **amenaza**, se trata de la intimidación que sufre la víctima por parte del agente, pero, con la entidad necesaria para vencer su resistencia a la sustracción del bien mueble de su propiedad, pudiendo al igual que la violencia, ejercerse sobre la persona que posee el bien mueble o sobre un tercio (Peña Cabrera Freyre A. (2008)

#### **a.5. Bien jurídico protegido**

Tal como es de consenso en la doctrina, así por ejemplo, Galvez Villegas y Delgado Tovar (2012), se considera al delito de robo como uno pluriofensivo, en la medida en que si bien directamente afecta el patrimonio o la posesión que sobre el patrimonio ejercer una persona, sin embargo, indirectamente afecta otros bienes jurídicos como es la integridad física, la vida y la libertad; y ello es así, porque precisamente el medio del que se vale el agente para

cometer el delito es la violencia o la amenaza contra la persona.

#### **a.6. Sujetos del delito**

En cuanto a este extremo, no cabe mayor consideración, en tanto, por la descripción del tipo penal, tanto el sujeto activo del delito como el pasivo, puede ser cualquier persona, pues, se trata de un delito común.

#### **b.- Tipicidad subjetiva**

Este delito es eminentemente doloso, admitiendo solo el dolo directo, en tanto, por el medio utilizado, violencia o amenaza, solo es factible su concreción mediante dicha variante del dolo, (Galvez Villegas & Delgado Tovar, 2012). Sin embargo, para su configuración dicho tipo penal, además requiere que el ánimo de lucro, esto es, que la acción de sustracción haya sido desplegada con la finalidad de obtener un beneficio. Así también lo ha entendido la jurisprudencia, en tanto, en la resolución emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 323-02, se ha señalado:

(...) y del presupuesto subjetivo, es decir el conocimiento y voluntad de su realización; vale decir el dolo, así como el ánimo de lucro, que comprende la intención de apoderarse del bien con la finalidad de obtener un determinado beneficio o provecho económico, (...).

#### **c) Antijuricidad**

Este tipo penal, admite las eximentes de responsabilidad que establece el artículo 20° del Código Penal, pudiendo configurarse, como señala Salinas Siccha (2018), "(...) la

legítima defensa, estado de necesidad justificante, consentimiento de la víctima entre otros” (p.1258).

d) Culpabilidad

En cuanto a la categoría en mención, cabe indicar, que en la medida en que, culpabilidad implica el reproche que se le hace al autor sobre su conducta, en este caso, también pueden configurarse los supuestos que excluyan la culpabilidad por esa acción por parte del agente; por ejemplo, que sufra anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia, que sea menor de edad. Siendo el caso de precisar, siguiendo a Salinas Siccha (2018), que en esta categoría puede configurarse, error de prohibición, establecido en el artículo 14 del Código Penal, pues, puede darse el caso que el agente sustrae el bien de la víctima de manera violenta creyendo que es suyo.

e) Agravante Durante La Noche

Las agravantes no son otra cosa, que aquellas circunstancias específicas en las cuales se desarrolla el ilícito penal y que justifican una mayor penalidad porque representan un mayor peligro para el bien jurídico. Así, por ejemplo, se tiene a los delitos de Hurto y Robo Agravado, por los cuales se castiga supuestos específicos en los cuales se cometen esos delitos y que merecen una mayor sanción penal.

Ahora bien, sobre la agravante específica Durante la Noche, Salinas Siccha (2018), señala: “Constituye agravante el realizar o ejecutar el robo aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar.” (Pág. 1273). Esa posición, se contrapone a la que el mismo

Salinas Siccha refiere asumiría Rojas Vargas, pues, según el citado el mencionado maestro señala que la agravante durante la noche:

“se constituye así en una agravante que debe ser considerada tanto en su acepción físico-gramatical de oscuridad o nocturnidad natural como en perspectiva teleológica, buscando el fin implícito de tutela en la norma penal, para descartar la agravante allí donde existió suficiente iluminación y/o posibilidades de defensa iguales a que si el hecho se hubiera cometido durante el día con la luz solar”. (Salinas Siccha citando a Rojas Vargas, 2018, pág. 1274).

Esto es, según Rojas Vargas, la agravante noche solo puede entenderse como ausencia de luz, natural y artificial; de tal modo, que facilite la comisión del delito de Robo; por lo que, de darse en un lugar suficientemente iluminado, aún así sea de noche, no se configuraría ese supuesto agravado. Sobre esa misma agravante, el autor Peña Cabrera Freyre (2017), refiere: “(...) un Robo durante dicha circunstancia natural, carente de luz solar, propicia un estado de mayor peligro para los bienes jurídicos más importantes de la víctima, sobre todo cuando el agente pretende procurar su impunidad.” (Pág.423). Sin embargo, sobre el hecho de que se podría considerar dicha agravante en un lugar iluminado, aun así, sea de noche, el mismo autor señala: “Cuando estamos frente a actos de sustracciones que toman lugar en (...) lugares de una suficiente iluminación, debe descartarse la presente hipótesis de agravación”. (Pág. 362).

Al respecto discrepando con esa posición, Salinas Siccha (2018), nos indica:

“(…) así el horizonte esté iluminado por una hermosa luna llena o por efectos de luz artificial, la agravante igual se configura. El agente debe buscar la noche para realizar su accionar de sustracción ilegítima de bienes, pues sabe que protección de bienes muebles por parte de la víctima se ha relajado y que tendrá mayores posibilidades de consumir su hecho al sorprender a su víctima.” (Pág. 1273).

Por nuestra parte, coincidimos con Salinas Siccha, en el sentido de que esa agravante se refiere a la caída de la noche en el horizonte y que tiene vigencia en la medida en que, toda persona, ya sea por la rutina diaria del trabajo o porque considera que es hora de descansar, flexibiliza su estado de alerta durante esa etapa del día; por lo que, un lugar aun cuando cuente con luz artificial o lunar suficiente para iluminar un espacio, se configura esa agravante.

N. Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116

a) Los Acuerdos Plenarios como Precedentes Vinculantes

El instrumento en mención, es considerado un precedente judicial, el cual a su vez es producto, de la necesidad de uniformizar las decisiones jurisdiccionales sobre determinadas situaciones jurídicas de las cuales, no se advierte una solución única. Por lo que, los magistrados de una determinada especialidad de la más alta instancia del Poder Judicial, esto es, de la Corte Suprema en pos de la predictibilidad y seguridad jurídica, se reúnen para exponer una solución adecuada y que tiene el carácter de vinculante para las demás instancias, Guerrero López, (2009) citando a Ricardo Herrera. Tiene sustento legal, en

lo previsto en el artículo 116° el cual prevé que “Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.” Como se puede advertir, el dispositivo que lo regula, no le da esa connotación de ser obligatoria para los órganos jurisdiccionales, ni horizontal ni verticalmente, como si es el caso de los Plenos Casatorios Penales, que según el artículo 433° inciso 3 del Código Penal, las decisiones emitidas en casación pueden tener dicha característica, si así lo decidieran los miembros de la Sala Penal que la emiten, o como es el caso de las Sentencias del Tribunal Constitucional, que según el artículo VII de su Título Preliminar, toda sentencia emitida por dicho órgano tiene la condición de vinculante, en cuanto así lo dispusiera expresamente. Es por ello, que autores como Castillo Alva (2011) señaló: “Los acuerdos plenarios no poseen la facultad, el rango o la capacidad legal de fijar precedentes vinculantes de cumplimiento obligatorio por los órganos de justicia del Perú.”

Sin embargo, la Corte Suprema ha recurrido a invocar, en cada precedente que emite en virtud al artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que los principios jurisprudencial que ellos establezcan, deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, al margen de lo establecido en el artículo 22° de ese mismo conjunto normas en mención. Es decir, que su fuerza vinculante estaría en la declaración expresa de su exigibilidad a todos los órganos jurisdiccionales, por parte de la propia Corte Suprema, esto es, en un argumento de autoridad. No obstante, consideramos, que si bien, en el

caso de los acuerdos emitidos en virtud a lo dispuesto en el artículo 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se tratan de instrumentos que tenga fuerza vinculante, por ausencia de un mandato legal que le conceda tal condición, aun así lo señalen sus autores como miembros del órgano judicial de la más alta jerarquía, sin embargo, es consideración que ello lo será, sí el contenido de la decisión sea útil y dé una solución razonable a la problemática que en ella se plantea; de tal modo que, cada vez que se le presente a un juzgador de cualquier órgano jurisdiccional la problemática jurídica que desarrolla un determinado acuerdo, no tenga más remedio que acudir a lo que en el acuerdo se estableció.

b) Antecedentes del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116

Adentrandonos en el Acuerdo Plenario que es objeto de análisis, se verá que la problemática que presenta se expone en el fundamento 8º, el cual es, cuando un co imputado decide declarar sobre la intervención de otro co imputado, en hechos en el cual han participado, por lo que, esas circunstancias hacen que no pueda ser considerado ni tratado como un testigo propiamente, debido a que, es lógico suponer, puede ser que en la realidad su ánimo de declarar sobre los hechos de otro co imputado, obedezca a uno espurio o una estrategia de defensa. Al respecto, Miranda Estrampes (2012), citando a Sanchez Yllera; así como a las decisiones que constituyen doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español, manifestó:

Así, el co imputado, a diferencia del testigo, no está obligado a decir la verdad y tiene derecho a no confesarse culpable –y, por lo tanto, a mentir, sin que de ello derive

ninguna responsabilidad penal— y a no contestar a las preguntas que no desee, lo que hace que dicha prueba sea vista como íntinseca u ontológicamente sospechosa. Entonces, existía la necesidad de establecer supuestos o requisitos en los cuales, la declaración en mención, puede ser considerada como prueba para destruir la presunción de inocencia, que a ese otro co imputado en contra del cual se realiza la declaración la Constitución le garantiza. Es por ello, que se habría recurrido a establecer esos requisitos a partir de la experiencia de otros países tuvieron al respecto.

Al respecto, Reátegui Sánchez (2008), señaló, que se trata de una institución que se encuentra expresamente prevista en artículo 192º inciso 3 del Código de Procedimientos Penales de Italia, en el sentido siguiente:

(...) tenemos el caso del Código de Procedimientos Penal de Italia que, en el artículo 192º.3, inserto en las disposiciones generales sobre pruebas y concretamente, en el título que lleva por rúbrica “Valoración de la prueba”; prescribe que: “Las declaraciones realizadas por los co imputados de un mismo, o por persona imputadas en un procedimiento conexo a tenor de lo dispuesto en el artículo 12º, se valorarán conjuntamente con los demás elementos de prueba, que confirmen su credibilidad.” (p. 1076).

Asimismo, su implementación en dicho país, habría obedecido a la lucha contra la mafia, donde era común que, en procesos seguidos en contra de grupos organizados o bandas, se presente la presencia de una pluralidad de imputados y en ello la de los arrepentidos. Es por ello, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue una de las primeras instituciones que desarrolló jurisprudencia la

respecto y que de allí lo hizo tanto el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional Español, Centeno Buendía (2008). Precisamente, son las decisiones de esas dos últimas instituciones que serían el antecedente inmediato del Acuerdo Plenario objeto de estudio, tal como lo afirmó Miranda Estrampes (2012), en cuanto manifestó: “Es notoria la influencia que en la redacción de dicho Acuerdo ha ejercido la doctrina del TCE”; y, ello es así, por cuanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, realizaba el análisis del testimonio del co imputado sobre los hechos de otro co imputado, en el cual también participó, a la luz de lo dispuesto por la legislación italiana, quienes no solo regulaban sobre dicha institución de manera expresa sino que, además, establecía la necesidad que se encontrar corroborada por otros medios de prueba, lo que no era el caso de la legislación española, pues, no regulaba sobre dicha institución; por lo que, fue esa situación la que llevó que se desarrollaran decisiones sobre por qué debía considerarse prueba de cargo válida a la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado para destruir la presunción de inocencia, que la Constitución española le garantiza a los procesados, Centeno Buendía (2008).

Centeno Buendía (2008), haciendo referencia a las decisiones del Tribunal Supremo Español y al Tribunal Constitucional Español, que trataron sobre las características establecidas por los órganos en mención para que la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, pueda ser considerado como prueba de cargo suficientemente válida para destruir la garantía de la presunción de inocencia, señala:

La concurrencia de corroboración por otras pruebas de la credibilidad intrínseca de la declaración inculpativa del coimputado para que pueda ser estimada como prueba de cargo suficiente apta para enervar el derecho de presunción de inocencia, se sigue exigiendo en la actualidad tanto por el TS como por el TC, siendo buena muestra de ello la STS 168/2003, de 26 de febrero y la STC 65/2003, de 7 de abril. Ambas sentencias recogen el contenido de dos importantes resoluciones del TC, concretamente de las SSTC 233/2002, de 9 de diciembre y 237/2002, también de 9 de diciembre, que han venido a fijar los rasgos o características fundamentales que han de concurrir en las declaraciones inculpativas de los coimputados para su valoración como medios de prueba idóneos para la enervación del derecho de presunción de inocencia, y que son los siguientes:

1.- La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

2.- La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por si misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.

3.- La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

4.- Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración.

5.- La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto mínimo ha de realizarse caso por caso.

Por tanto, la STC 31/1981, de 28 de julio viene a complementar lo expresado en el citado Auto del TC y a fijar, por ende, los requisitos y presupuestos necesarios que han de concurrir para entender enervado el derecho de presunción de inocencia y que pueden resumirse en los siguientes:

En primer lugar, que se haya practicado una mínima actividad probatoria,

En segundo lugar, que en la práctica de la misma se hayan observado todas las garantías procesales (tanto las derivadas de la legislación ordinaria como las exigidas por el ordenamiento constitucional),

En tercer lugar, que tal actividad probatoria pueda estimarse de cargo y de la que, por tanto, quepa deducir la culpabilidad del sujeto, y

Por último, que las pruebas se hayan practicado en el juicio oral (con excepción de los supuestos de prueba anticipada y de lectura de declaraciones sumariales llevadas al plenario con respeto de los principios de inmediación y contradicción).

Así las cosas, queda claro que, los antecedentes de los criterios asumidos en el acuerdo plenario objeto de análisis, tiene fuente europeo continental y en especial, a las decisiones de los órganos de más alta instancia de la

administración de justicia en España, pues, no solo es el hecho que se al igual que en España en el Perú no existe una regulación expresa sobre la institución que es objeto de nuestra investigación, sino porque prácticamente la problemática del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, sobre la fiabilidad de la declaración de lo que ellos denominaron testigo impropio es el mismo aquí que en Europa. Además, está el hecho que las dimensiones de las que se valieron para desarrollar los criterios o reglas para la determinación de la suficiencia de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, en el Acuerdo Plenario en mención, son prácticamente los mismos a los que desarrolló la jurisprudencia.

Siendo el caso de destacar, que si bien ciertos autores nacionales, como Talavera Elguera (2009) han señalado, que en lo previsto en el artículo 158<sup>a</sup> inciso 2 del Código Procesal Penal, se encuentra regulado la institución en mención, pues, prescribe: “En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria”, en sí ya se encuentra regulada dicha institución, sin embargo, como se puede advertir siguiendo a Miranda Estrampes, consideramos que dicha regulación: “es limitado, pues no se extiende a la declaración de todo co imputado, sino solo a aquél que ostente la cualidad de arrepentido o colaborador o situaciones análogas (p.129).”

Igual es el parecer de Reátegui Sánchez (2008), pues, considera que “Las inculporias de los co imputados no tienen regulación expresa en nuestro derecho, sino basta revisar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004”.

Al margen de los motivos antes expuestos, consideramos, que el mismo hecho que se haya desarrollado el acuerdo plenario en mención, es evidencia, no solo, que no existe una regulación sobre la institución de la inculpación de un co imputado sobre lo que realizó otro co imputado, en hechos en los que participaron y en ello, que existe la necesidad de regularlo, sobre esto último inclusive se ha pronunciado Miranda Estrampes ( 2012), en cuanto señaló: “Soy decidido partidario de la postura que aboga por la normativización de la regla de suficiencia de la declaración de los co imputados, en línea con la solución adoptada por el legislador italiano en el CPP de 1988, (p.131-132).”

Esos son los antecedentes de las reglas que se establecieron en el Acuerdo Plenario, los que develan que se trata de una situación particular y por ende, existiría la necesidad de regularlo en el mismo sentido.

## **2.5.-Análisis Crítico de la Actuación Formal o Conductual procedimental de las Partes (Policía, Fiscalía, Jueces y Tribunales, Abogados, Agraviado e Imputado (S), Terceros, Etc.).**

### **2.5.1.-Actuación Formal de la Policía**

La actuación de la policía de la provincia de Oxapampa en la investigación del delito, concluye con la responsabilidad penal de los procesados, calificando su proceder como delito de Robo Agravado en Banda. Al respecto de la calificación en mención, se constituye en una exageración de la policía quien viene a rotular el accionar de los procesados antes indicados, en compañía de otras personas menores de edad como un robo en banda, sin advertir que esa calificación, no tiene sustento probatorio, es decir, si bien se podría considerar la existencia de un robo, empero, la agravante mencionada no, pues, de la permanencia en el tiempo de una organización destinada a la

comisión de delitos, así como tampoco de una entidad jerarquizada, que son elementos de una organización criminal, no se tiene evidencia en los hechos investigados.

También se puede advertir que constituye un exceso el denominar a un hecho particular y aislado como uno propio de una banda, llegándolos a rotularla como la banda de “los chacalones”, lo que más se asemeja a un actuar propio de los pasquines periodísticos; Ese proceder excesivo e incorrecto en la calificación de los hechos por parte de los miembros de la Policía, que en el Código Procesal Penal se viene a especificar que es función de la Fiscalía, mientras que la Policía se encuentra a cargo de la parte operativa en la investigación del delito.

Asimismo, se tiene que en sí la Policía no es quien realiza actos de investigación para dar con los responsables de la comisión del delito en perjuicio del agraviado, Carlos Walter Orihuela Duran, ya que, si bien existe la denuncia de su parte el día tres de julio de dos mil nueve; así como, la versión del testigo Zenon Carrera Sesa, con fecha esa misma fecha, tal como se tiene de folios uno y catorce; sin embargo, del contenido de la declaración de ese testigo, se advierte que fue él quien puso de conocimiento del agraviado y la Policía que el menor Julio Cesar Rojas Ponce le había ofrecido el celular que le habían arrebatado al agraviado el día veintinueve de junio de dos mil nueve, a partir de lo cual la Policía recién procedió a dar con los menores Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce; así como, a capturar a Edison Jacinto Rojas Clemente, tal como se tiene de las constancias de notificación de folios veintisiete y veintinueve. Siendo el caso el destacar, que previa a la detención del imputado en mención, la Fiscalía solicitó detención preliminar al Juez del Juzgado Mixto de Oxapampa, quien le concedió dicho mandato con fecha ocho de julio de dos mil nueve, contra la persona de Edison Rojas Clemente y Edgar Rojas Cantalicio, tal como se tiene de la resolución de folios

cuarenta y tres; en el caso de este último, no fue ubicado y por ende tampoco puesto a disposición de la Fiscalía ni la judicatura, lo que sí se realizó con el primero.

En esta parte se evidencia, que los actos de investigación esencialmente se refirieron a declaración de los investigados, tal como obra a folios dieciséis, diecinueve y veintitrés, que se refiere a las versiones de Edison Rojas Clemente y los menores Julio Cesar Rojas Ponce y Jhon Clemente Rojas, las mismas que fueron recabadas en presencia del defensor de oficio como su abogado; así como de la Fiscalía. Por lo que, formalmente se habría asegurado el derecho de defensa, sin embargo, del contenido de esas declaraciones se advierte que son tomadas sin mayor rigurosidad, en la medida en que a pesar de que dan cuenta de detalles de cómo habría acaecido el hecho en perjuicio de Carlos Walter Orihuela Duran, incurrir en contradicciones, sobre cómo habría sido la participación de Edgar Severiano Rojas Cantalicio y quién habría ocasionado las lesiones al agraviado; empero, ni el abogado de oficio ni la Fiscalía, realiza pregunta al respecto; lo que aunado al hecho de que en las conclusiones se introducen hechos que no fueron objeto de investigación, en cuanto en las conclusiones del Atestado se señala que los intervenidos serían parte de la banda conocida como Los Chacalones, que habrían perpetrado delitos en otros sectores de la provincia de Oxapampa como Nueva Berna, San Carlos, Santo Domingo y San José, entre otros y por ende, que los hechos incriminados califican como robo en banda; así como una calificación jurídica desproporcionada, se advierte, que realidad en la toma de declaraciones de los investigados en mención, la Policía habría actuado por su cuenta, habiéndose únicamente dado apariencia de cumplir con la formalidad debida, pero en modo alguno, se advierte no solo que en verdad se haya garantizado el derecho de defensa de los investigados sino que las investigaciones hayan sido realizadas con la rigurosidad del caso.

A todas esas actuaciones, también es del caso destacar el Reconocimiento Médico Legal que se le practicó al agraviado y que obra a folios dos, por el cual un médico del Ministerio de Salud da cuenta que el agraviado requiere de ocho días de tratamiento por siete de descanso.

En cuanto a los plazos, teniendo en cuenta que supuestamente la Policía habría tenido conocimiento de los hechos, recién el día tres de julio del año dos mil nueve y que en virtud a ello realizado la captura del investigado, Edison Jacinto Rojas Clemente, el ocho de julio de dos mil nueve; así como puesto de conocimiento del Poder Judicial, vía denuncia, al Poder Judicial el día nueve de julio de dos mil nueve; se podría afirmar, que, sí se han cumplido los plazos legales.

#### **2.5.2.-Actuación Formal de la Fiscalía**

Con relación a la actuación formal del Ministerio Público, en la etapa policial, podemos decir, que no se advierte una intervención cualificada de la Fiscalía sino solamente formal, pues, como se especificó precedentemente, no solo existe una exageración en la calificación jurídica de los hechos, sino que se introducen hecho que no fueron objeto de investigación y solo en apariencia se habría garantizado la presencia del abogado de los investigados y la Fiscalía, lo que devela, que no solo que no habría tenido intervención en esta etapa de la investigación sino que omitió realizar mayor control sobre la Policía en esa etapa, en clara contravención de la Constitución y su Ley Orgánica, pues, en el caso de la primera en su artículo 159° le exige velar por una recta administración de justicia y conducir desde un inicio la investigación del delito; mientras que en el caso de la segunda, el artículo 9° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, le obliga al Fiscal intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, orientando a la Policía sobre las pruebas a realizar en la investigación.

En virtud a los actuados preliminares antes indicados, la Representante de la Fiscalía Provincial de Oxapampa procedió a denunciar a las personas de Edison Jacinto Rojas Clemente y Edgar Rojas Cantalicio por la comisión del delito de Robo Agravado por las agravantes previstas en el inciso 2,3 y 4 del artículo 189° del Código Penal; solicitando que se actúen la declaración instructiva de los imputados, diligencia de Inspección Judicial, Declaración del Agraviado y de los menores infractores, también involucrados en los hechos materia del proceso. Siendo el caso el destacar, que si bien en la denuncia no se recoge la calificación de robo en banda que realizó la Policía a nivel de la investigación, pues, calificó el hecho como Robo Agravado por las agravantes previstas en los incisos 2, 3 y 4 del Código Penal, esto es, Robo durante la noche o en lugar desolado; a mano armada y con el concurso de dos o más personas, sin embargo, también es cierto que en el extremo de la exposición de los hechos que sustentan la denuncia, se advierte que se realiza afirmaciones como las que hizo la Policía en el Atestado, en el sentido que los inculpados son integrantes de la banda “los Chalones” siendo el cabecilla Edgar Severiano Rojas Cantalicio, es decir, se repite parte de la narración que de los hechos realizó la Policía sin mayor disquisición, lo que evidencia esa falta de control de la Policía por parte de la Fiscalía en actos que inclusive son realizados al margen de la entidad policial; y, por ende, un grado de subordinación de las actuaciones fiscales a la de las policiales.

En virtud a la interposición de la denuncia el Juez del Juzgado Mixto de Oxapampa apertura instrucción en la vía del proceso ordinario en contra de los procesados, dictando comparecencia en el caso de Edison Jacinto Rojas Clemente y detención en el de Edgar Severiano Rojas Cantalicio.

En esta etapa, se recabó la declaración de los procesados; donde destaca la declaración de Edison Jacinto Rojas Clemente, quien

sobre la participación del recurrente Edgar Severiano Rojas Cantalicio, cambió su versión de los hechos acerca de qué realizó el imputado en mención, en tanto, a nivel preliminar había manifestado que el mencionado, quien sería su tío, solo se había limitado a decirles a él y a los otros dos menores con los que habrían asaltado al agraviado, hay que cagarlo a ese huevón; mientras que él y el menor Julio Cesar Rojas Ponce, fueron quienes le arrebataron sus pertenencias, previo a que el menor le empujara al suelo y lo sujetara. No obstante, en la etapa de instrucción, refirió, que Edgar Severiano Rojas Cantalicio, fue quien cogió por la espalda al agraviado mientras él con el menor Julio Cesar Rojas Ponce, le arrebataban sus pertenencias. Es decir, en una etapa declaró que la participación de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, se circunscribió a decirles que asaltaran al agraviado; mientras que en la otra, sí participó físicamente, pues, fue él quien cogoteo y redujo al agraviado, para que sus co partícipes le pudieran arrebatar sus pertenencias.

No obstante, a esa nueva versión de los hechos sobre la participación de su co imputado, la Fiscalía no realizó ninguna pregunta al respecto que sirviera para aclarar el porqué de esa divergencia, limitándose a dar fe de lo que el Juez instructor hacía en esa actuación.

De ese co imputado, obra también una ampliación de declaración instructiva, que obra a folios ciento seis, donde declara que su tío Edgar Rojas Cantalicio, no ha sustraído el celular, sino que fue él, pero que aquel fue quien lo empeñó; así como, que esta vez fue la única ocasión en la que su tío en mención les insinuó para que asaltaran a una persona. Es decir, vuelve a cambiar de versión sobre la participación de su co imputado, en el sentido de que no habría participado en la reducción del agraviado para arrebatarle sus pertenencias; sin embargo, en esa actuación tampoco la Fiscalía le realiza interrogatorio alguno.

De otro lado, también corre la declaración instructiva del procesado Edgar Severino Rojas Cantalicio, tal como se tiene a fojas ciento seis, quien se habría presentado a declarar pese a la orden de captura que tenía en su contra, donde, sobre los hechos manifestó, que no recordaba mayor detalle porque estaba muy ebrio para tal efecto.

Asimismo, corre la declaración del agraviado Carlos Walter Orihuela Duran, quien manifiesta que el día veintinueve de junio de dos mil nueve aproximadamente a las once y treinta de la noche fue asaltado por los dos inculpado y otros adolescentes cuando se dirigía a su domicilio, quienes luego de amenazarlo con un cuchillo lo golpearon en el suelo y le sustrajeron su celular y la suma de S/.150.00 nuevos soles.

A fojas ciento treinta y uno, obra la diligencia de Inspección Judicial realizada por el Juez de la Instrucción con la presencia del Ministerio Público y los abogados de los procesados, además se deja constancia que se cuenta con la presencia de la agraviada. En dicha diligencia se ha dejado constancia que el agraviado declaró “no recuerdo nada porque estaba ebrio” ; refiriendo en igual sentido el procesado Edgar Rojas Cantalicio, es decir “no recuerdo nada por el día de los hechos estaba ebrio”

Con el despliegue de esas actuaciones, el Juez emitió la resolución quince de folios ciento cincuenta, por la cual, se amplió la instrucción por sesenta días más, citando para tal efecto el artículo 220º del Código de Procedimientos Penales, que autoriza a ampliar la instrucción de manera excepcional por dos meses más, siendo el plazo normal el de cuatro meses.

Luego de los actuados en mención, se remitió los actuados a la Fiscalía para que emitiera los informes finales, pues, había vencido el plazo de la instrucción y su ampliación, emitiendo el informe final por parte de la Fiscalía, tal como se tiene de folios ciento cincuenta y

nueve; donde no se hace ninguna apreciación sobre los plazos de la investigación, pese a que se inició el nueve de julio de dos mil nueve y con toda su ampliación debió durar máximo hasta el ocho de enero de dos mil diez. En el mismo sentido procede a emitir su informe el Juez de la instrucción, tal como se tiene a folios ciento sesenta y cuatro.

Por lo que, los actuados se elevan al Tribunal Superior, quien recibe el expediente y lo remite a vista fiscal, a lo que la Primera Fiscalía Superior la devuelve por dictamen de folios ciento setenta y seis, donde solicita que la causa se amplié por otros cuarenta días más, precisando, que ello es para la realización de diligencias entre las que destaca, la declaración de los menores infractores que habrían participado en los hechos; ratificación de peritaje médico legal practicado al agraviado y la confrontación entre agraviado y procesados. Lo que vulnera más aun el plazo de la instrucción, pues, si este ya se había ampliado y la causa no se trataba de un proceso penal, la Fiscalía debió emitir su dictamen acusatorio y no así solicitar otra ampliación a la ya realizada, con lo que la causa se prolongó más allá del plazo permitido por ley. Sin embargo, el Colegiado acogió dicho pedido y mandó ampliar la instrucción por cuarenta días más, tal como se tiene de la resolución de folios ciento setenta y ocho, en virtud al cual se devolvió la causa al Juez de la Instrucción.

Así el Juez da por recibida la causa y emite la resolución veinticuatro que obra a folios ciento ochenta y cinco, mandando ampliar la causa y disponiendo la realización de las diligencias señaladas por la Fiscalía Superior, sin embargo, revisado los actuados se tiene que de todas las diligencias dispuestas, solo se ha logrado recabar los antecedentes penales de los procesados, tal como se tiene a folios ciento noventa y cinco y noventa y seis, con lo que nuevamente se mandó los autos a la Fiscalía para emitir informe final, tal como se tiene de folios ciento noventa y nueve, donde se hace alusión que no

hubo impulso procesal para la realización de las actuaciones dispuestas en el auto ampliatorio de instrucción, remitiéndose los autos al Juez de la instrucción, quien emite su informe final y eleva los actuados al Tribunal Superior.

De esta etapa de la instrucción, no solo se advierte que la Fiscalía ha tenido una intervención que en nada coadyuvó al esclarecimiento de los hechos, inclusive repitiendo los yerros en los que había incurrido la Policía sobre la narración de los hechos, sino también que no cumplió con su función de vigilar los plazos que la ley estableció para la instrucción, en tanto, en ninguno de sus dos informes hace notar que, pese a que había transcurrido más del plazo previsto por ley, se le seguía investigando a los procesados, es más, inclusive a nivel superior llega a solicitar un plazo adicional, cuando ello ya no tenía asidero legal; siendo el caso el precisar, que en total el plazo de la instrucción desde su apertura, esto es, nueve de julio de dos mil nueve, hasta la elevación de la causa, once de enero de dos mil doce, han pasado más de dos años y seis meses de instrucción, pese a que la ley solo establecía un plazo de cuatro meses y seis en casos excepcionales.

Con todo lo cual, se evidencia que el Principio de Legalidad que debe ser observado por la Fiscalía de manera irreductible, no lo ha sido y por el contrario ha contribuido a su vulneración.

Ahora bien, a nivel de juicio oral, se advierte que emite la acusación fiscal que obra a folios doscientos ocho, donde si bien propone que los hechos incriminados sean subsumidos en los artículos 188° del Código Penal, con las agravantes previstas en los incisos 02, 03 y 04 del primer párrafo del artículo 189° de ese mismo cuerpo de leyes; así como, en la agravante prevista en el inciso 1 del segundo párrafo del mismo artículo. Es decir, consideran que además de las primeras agravantes que fueron objeto de calificación por parte de la Fiscalía Provincial, los hechos además se subsumen en la agravante de

cuando se causa lesiones a la integridad física de la víctima, que merece una pena no menor de veinte ni mayor de treinta años.

No obstante, se tiene que, en el extremo de los hechos probados, introduce lo que ha sido objeto de calificación por la Policía y repetido por la Fiscalía Provincial, señalando:

Está probado la participación de los procesados Edison Rojas Clemente y Edgar Severiano Rojas Cantalicio, quienes juntamente con los menor Cesar Rojas Ponce, John Clemente Rojas, todos integrantes de la banda “**Los Chacalones**”, siendo el cabecilla Edgar Severiano Rojas Cantalicio, (...).

Por lo que, claramente se advierte que la Fiscalía vuelve a repetir hechos que han sido introducidos por la Policía de manera incorrecta, develándose que en el proceso se instauró una repetición de actuaciones sin mayor disquisición.

Asimismo, se advierte que solicita como pruebas a actuarse en la etapa del juzgamiento, copias del expediente por infracción a la ley penal que se les siguió a los menores Julio Cesar Rojas Ponce y John Clemente Rojas, no habiéndose ofrecido otros medios de prueba. Con lo que, se advierte que la actuación probatoria en esta etapa del proceso, esencialmente se sustrae a la lectura de piezas orales, lo que en efecto acaeció al cierre del debate, más no así a la contradicción que sobre ellas podría hacerse, pues, hubiera sido más conveniente que se ofrezca como medio de prueba la declaración de los menores infractores en mención, así como la declaración del médico que examinó al agraviado, inclusive la confrontación entre este y el acusado, Edgar Rojas Cantalicio, en el caso de estas últimas, que inclusive habían sido propuestas en el dictamen por el cual la Fiscalía Superior solicitó la ampliación de la instrucción de la primera vez que la causa fue elevada a Sala.

Frente a esa acusación la Sala Superior, expide el auto de enjuiciamiento señalando fecha para el inicio; a la cual, no concurre el imputado pese a haber estado debidamente notificado, por lo que, se le revoca sus mandato de comparecencia por el de detención, tal como se tiene de la resolución de sala que obra a folios doscientos sesenta y siete; por lo que, realizada la captura del imputado, recién se lleva adelante el juzgamiento conforme a las actas de folios doscientos ochenta y cinco y siguientes, donde solo se actuaron como pruebas las declaraciones del imputado, Edgar Rojas Cantalicio y de su conviviente, Nancy Verónica Ballesteros Pizarro, quienes sometido a interrogatorio por la Fiscalía manifestaron, el primero, al igual que lo hizo en la instrucción que no recordaba mayor detalle de los hechos porque estaba ebrio; mientras que la segunda, que su pareja suele tomar licor con regularidad. Luego de lo cual, se dio pase a la oralización de piezas donde la Fiscalía solicitó actuar la declaración del agraviado, del testigo Zenon Carrera Sesa; la de Edison Rojas Clemente y del menor Julio Cesar Rojas Ponce; así como la declaración de ese menor y el menor John Clemente Rojas, tanto en la presente instrucción como las que brindaron en el expediente por infracción a la Ley Penal, que había sido solicitado como prueba.

Con lo que se da por terminada la etapa de juzgamiento, procediendo la Fiscalía a proponer sus conclusiones que obran a folios trescientos, en el cual se indica que hechos tiene por probados la Fiscalía, de la cual podemos afirmar que se refiere a una narración de actuados y no así a una evaluación de ellos, pues, si bien no vuelve a repetir que los hechos cometidos fueron desplegados en banda, sin embargo, también es cierto que hace narración de actuados y no así una evaluación o ensaya consideración de cuál debería considerarse como la acción que desplegó el accionante en la comisión de los hechos, pues, se recurre tanto a la declaración narrar la declaración policial de Edison Rojas Clemente como la declaración policial de los

menores infractores, Julio Cesar Rojas Ponce y John Clemente Rojas, quienes han referido de manera distinta sobre la participación del imputado, pues, mientras el primero señaló que solo les dijo para que asaltaran al agraviado, los menores dan cuenta de una agresión por parte de Edgar Rojas Cantalicio para con el agraviado; de tal manera, que a la vez no podrían sustentar una imputación, salvo que se realice una consideración explicativa al respecto, lo que en modo alguno ha realizado la Fiscalía. Más aún, si inexplicablemente en este instrumento no se toma en consideración las declaraciones que nivel de la instrucción brindaron tanto el co imputado del recurrente, esto es, de Edison Rojas Clemente; como el agraviado, Carlos Walter Orihuela Duran, quienes, a nivel de la instrucción, en el caso del primero, cambió su versión, hasta en dos ocasiones; mientras que el segundo, se negó a dar mayores detalles del asalto que sufrió porque arguyó que estaba muy borracho.

Después de esas conclusiones finales de la fiscalía, así como de la defensa, se tiene que se ha procedido a emitir la sentencia, que obra a folio trescientos cuatro y siguientes, en la cual se concluyó por la responsabilidad penal del imputado en mención, por considerar que sí se encontraba acredita la responsabilidad penal del imputado Edgar Rojas Cantalicio por el delito de robo agravado, pero solo por las agravantes de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 189° del Código Penal, considerando que la agravante del inciso 1 del segundo párrafo no se había configurado, terminando por imponer al acusado en mención la pena privativa de libertad de diez años. Existiendo en este extremo una discordia, pues, el magistrado Torres Gonzales, consideró que sí se había configurado esa agravante, tal como se tiene de su voto discordante que obra a folios trescientos treinta y dos.

A lo que la Fiscalía interpuso apelación, tal como se tiene de folios trescientos cuarenta y uno, solicitando esencialmente que la pena impuesta se debería incrementar porque se había acreditado la

configuración de la agravante prevista en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal, indicando, que no se ha tomado en cuenta que el agraviado sufrió lesiones en su integridad física corroborado con el certificado médico legal que se le practicó, con lo que concluyó la participación de la Fiscalía en la etapa de juzgamiento.

Con relación a la intervención en esa etapa de la Fiscalía, podemos advertir, que, si bien resulta ser más dinámica de la que realizó a nivel de la instrucción y policial, sin embargo, yerra en cuanto en su acusación, considera hechos que la Policía introdujo indebidamente, lo que, si bien ya no fue introducido en sus conclusiones finales, ya deja advertir que la tendencia en el proceso fue la de repetir actuaciones sin dar mayor consideración sobre ellos. Tal es así, que en las conclusiones se citan actuados que dan cuenta de situaciones divergentes sobre lo que sería la participación del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio.

Asimismo, se evidencia que principalmente la Fiscalía considera a esta etapa como una de repetición de actuaciones, pues, pese a que el Código de Procedimientos Penales en su artículo 207° del Código de Procedimientos Penales señala que, “El Juicio Oral será oral y público”, la representante de la Fiscalía solo ofrece medios probatorios para su lectura; con lo que se evidencia, que se considera a la actuación probatoria a la oralización de piezas o lectura de actuados, pues, en esa etapa del juzgamiento, recién la Fiscalía ofrece los otros medios probatorios que son indispensables para la determinación de la existencia de los hechos y la responsabilidad penal del acusado en mención, pues, recién allí introdujo la declaración de los co partícipes del acusado Edison Rojas Clemente y los menores Julio Cesar Rojas Ponce y John Clemente Rojas; así como la declaración del agraviado y los resultados de la pericia médica que se le practicó.

### **2.5.3.- Actuación Formal del Juez de Instrucción**

Con relación a la intervención del Juez de la instrucción se tiene que, al igual que el Ministerio Público, en el autor apertorio de instrucción, repite que los hechos en los cuales se les involucra al imputado, Edgar Rojas Cantalicio, como integrante de la banda los chacalones y como el cabecilla de ella, con la finalidad de sustentar el mandato de detención que contra el mismo se dispuso.

Las actuaciones que se realizaron a nivel de esa etapa, esencialmente se refieren a la declaración del co imputado del recurrente, es decir, de Edison Rojas Clemente y del agraviado Carlos Walter Orihuela Duran, quienes habrían intervenido más por interés de ellos que por una actuación del Juez de la instrucción, pues, no se advierte oficio o constancia de notificación de los mencionados, pero si obra sus declaraciones. Lo mismo ocurre con la declaración de Edgar Rojas Cantalicio quien se presentó de mutuo propio a declarar. Lo que se evidencia más aun, en cuanto a nivel de esa instancia, no se desplegaron las otras diligencias que se ordenó en el auto apertorio, como son la declaración del testigo Senon Carrera Sesa y la ratificación del médico que practicó pericia médica al agraviado.

Asimismo, se tiene que en las actuaciones de las declaraciones del agraviado y los co imputados en mención, no se advierte que el Juez realice mayor interrogatorio sobre cómo acaecieron los hechos, volviendo a prácticamente a interrogar tal como se hizo a nivel de la Policía, pese a que en esta etapa era más evidente las imprecisiones sobre la participación del recurrente, Edgar Rojas Cantalicio en la comisión de los hechos, inclusive por la declaración instructiva hasta en dos ocasiones por parte de su co procesado, Edison Rojas Clemente. Ocurriendo lo mismo en el caso del agraviado, pues, a folios ciento cinco corre su declaración en donde se le realiza preguntas generales y no así cualificadas sobre los hechos, lo que era

relevante, pues, el agraviado a nivel de la Policía había declarado que lo asaltaron seis personas y no cuatro como sería el caso de los partícipes que fueron investigados, así como, que quienes lo asaltaron le manifestaron que eran terroristas. Sin embargo, solo se le pregunta sobre si se ratifica o no en su declaración policial y cómo sucedieron los hechos, pero no así sobre, cómo fue la participación de cada uno de sus agresores o si quiera si los pudo reconocer o identificar. Lo que se evidencia más aun, en cuanto en la Inspección Judicial el mismo agraviado declara que no recuerda nada porque estuvo borracho.

Con relación a los plazos, se advierte, que tal como se refirió precedentemente en cuanto se analizó la participación formal de la Fiscalía, que los plazos de la instrucción en modo alguno se han respetado, pues, se han excedido en demasía, inclusive el juez de la instrucción manda a ampliar en una primera ocasión la instrucción sin considerar que el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales, señaló que ello es de manera excepcional.

De otro lado, se tiene que el juez de la instrucción, ante un primer pedido de variación de la detención por el de comparecencia de parte de Edison Rojas Cantalicio le denegó; para después concedérselo en una segunda solicitud, siendo el fundamento de la primera resolución, tal como se tiene de la resolución de folios noventa y nueve, que no se habían actuado nuevos medios de prueba que pongan en cuestionamiento el mandato de detención que se dictó en contra del referido en el auto apertorio de instrucción; mientras que en el caso del segundo, que, el agraviado en la diligencia de Inspección Judicial, declaró que no recuerda nada de los hechos porque estaba muy ebrio; lo que si constituiría una nueva actuación que conllevó a la variación del mandato de detención, destacando los certificados de trabajo y certificados domiciliarios que presentó el imputado en mención.

También es del caso destacar, que la primera vez que la causa fue elevada para su juzgamiento, el Fiscal Superior solicitó la ampliación y que se llevara adelante actuaciones como la declaración de los menores infractores que también habrían participado en los hechos; la ratificación del médico que le practicó examen médico legal al agraviado y la confrontación entre el inculpado Edgar Severiano Rojas Cantalicio y agraviado Carlos Walter Orihuela Duran, lo que fue aceptado por la Sala Superior mandado a devolver los actuados al juzgado; sin embargo, después de que se devolvieran los autos al juez de la instrucción, la causa permaneció inactiva desde el quince de noviembre de dos mil diez al diez de marzo de dos mil once; luego de lo cual recién se mandó a actuar las pruebas en mención, tal como se tiene de la resolución de folios veinticuatro de folios ciento ochenta y cinco; sin embargo, solo se recabó los antecedentes penales de los procesados Edgar Rojas Cantalicio y Edison Rojas Clemente.

Por todo lo antes expuesto, afirmamos, que la intervención del juez, en la etapa de la instrucción del proceso, también es una intervención formal, pues, no se evidenció una participación activa en pos de develar la verdad de cómo sucedieron los hechos e inclusive que se desplieguen las actuaciones que mandaba a realizar, siendo que las declaraciones se actuaron por la iniciativa de las partes y no así porque se haya dispuesto un mecanismo efectivo para su despliegue. Es decir, se advierte que se instauró la realización de diligencias, sin control o intervención cualificada sobre las actuaciones por parte del Juez.

Lo que se devela más aun, en cuanto, se repite las afirmaciones de la Fiscalía, lo que ella incorrectamente recogió de la Fiscalía, evidenciándose que en el presente proceso penal se instauró una repetición de actuados sin mayor intervención de la judicatura.

Con todo lo cual, se tiene que la instrucción no cumple con la finalidad de su instauración, que a decir del inciso 1 del artículo 72° del Código de Procedimientos Penales, se sustrae a, “(...) reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles”;

De otro lado, tampoco se ha respetado los plazos legales previstos para la duración de la instrucción, habiendo, por el contrario, al igual que la Fiscalía, contribuido en que la causa se prolongue durante esta etapa de manera ilegal.

#### **2.5.4.- Actuación Formal del Tribunal de Juzgamiento**

Con relación a la actuación de la Sala de Juzgamiento, se tiene que en un primer momento intervino en la causa autorizando la ampliación del plazo de la instrucción, que solicitó la Fiscalía Superior, tal como se advierte de la resolución veintidós de folios ciento setenta y ocho, sin embargo, como ya se evidenció precedentemente, dicha ampliación debió ser objeto de control, pues, precedentemente el juez de la instrucción ya había procedido en ese sentido, más aún, si a la fecha de esa resolución ya había vencido el plazo de la instrucción. Por lo que, podemos afirmar, que en esa parte de la causa, el Tribunal no ha cumplido con observar los plazos previstos por la ley, pese, a que según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 202° del Código de Procedimientos Penales, la Sala Superior es la encargada de controlar las ampliaciones dispuestas por el Juez de la instrucción.

En cuanto al juzgamiento en sí, se advierte que al inasistir a la primera fecha que se fijó para la audiencia de juzgamiento, el Colegiado procedió a fijar nueva fecha para la realización de la audiencia de juzgamiento, con los apercibimientos de ser declarado reo contumaz y revocarse su mandato de comparecencia que se había concedido al imputado, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, a nivel de la instrucción, tal como se tiene de esa resolución número treinta y uno

que obra a folios doscientos sesenta y siete y siguientes. A lo que, en efecto, notificado que fuera para esa segunda fecha, el imputado en mención concurrió al juzgamiento, el mismo que se llevó adelante a partir del doce de marzo de dos mil trece, tal como se tiene de las actas de folios doscientos ochenta y cinco, donde solo se actuó como pruebas la declaración del imputado y de su conviviente, Nancy Verónica Ballesteros Pizarro, como testigo. Habiéndose dispuesto la incorporación de más medios de prueba por oralización de actuados.

Culminadas la audiencia de juzgamiento, se procedió a emitir la sentencia, la misma que obra a folios trescientos cuatro, la cual no será de mayor análisis porque corresponde a otra etapa de la investigación. Así como la decisión que emitió la Corte Suprema de manera definitiva sobre la causa, por la apelación que contra ella interpuso la Fiscalía y el Abogado de la Defensa de Edgar Severiano Rojas Cantalicio.

No obstante, es del caso resaltar, que en la sentencia de la Sala, se consideran las actuaciones policiales, que son las declaraciones de los co partícipes del imputado recurrente, sin mayor reparo al respecto.

Consecuentemente, podemos afirmar, que la intervención del Colegiado en la etapa de juzgamiento, no tuvo mayor irregularidad y por el contrario, se ha limitado a las actuaciones que las partes han desplegado en juicio oral, lo que se encontraría arreglado a ley, pues, en esta etapa a la judicatura le atañe la dirección del debate, tal como se desprende del contenido de los artículo 216° y 217° del Código de Procedimientos Penales.

### **2.5.5.- Actuación Formal del Abogado de la Defensa**

En lo que corresponde a la defensa del abogado de la defensa, se advierte que ha sido variada, siendo que a nivel de la investigación policial no contó con defensa alguna, en la medida en que no fue capturado por la Policía a diferencia de su co procesado, Edison Rojas Clemente, quien sí prestó su declaración a nivel de esa etapa.

A nivel de la instrucción, cuando se dispuso su orden de detención, es relevante que el mismo procesado al parecer se habría puesto a disposición de la judicatura, declarando en el sentido que no recordaba mayor detalle de los hechos porque estaba ebrio, tal como se tiene de esa actuación que obra a folios sesenta y dos, lo que constituye una acertada estrategia de defensa, en la medida en que el peligro de fuga, es fundamental para la detención y si alguien se somete a ella, revela que en realidad no quiere sustraerse de la acción de la justicia. Sin embargo, en esa parte de la causa, la defensa se habría apresurado a solicitar la variación del mandato de detención, como se advierte del escrito de folios setenta y seis, donde si bien adjuntó certificado de buena conducta y de posesión de predio, en sí no se corresponden a una nueva actuación, que tal como se le hizo notar por resolución que resolvió ese pedido, es el requisito fundamental para la concesión de ese pedido de variación, que es la resolución número siete de folios noventa y nueve.

Por lo que, en pos de conseguir la variación en mención, la defensa del procesado recurrente, adjuntó la Transacción Extrajudicial que obra a folios ochenta y ocho, en la cual se hace notar que el hermano del imputado, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, esto es, el señor Teobaldo Jacinto Rojas Cantalicio, en representación de su hijo entrega al agraviado S/.300.00 soles por concepto de reparación de daños que se le habría ocasionado el día veintinueve de julio de dos mil nueve, haciéndose la precisión que ello es a pesar que en la instrucción el agraviado ha declarado que no reconoció a sus

agresores. Por lo que, los referidos suscriben esa instrumental, legalizándola ante notario público el quince de julio de dos mil nueve. Lo que al parecer habría resultado trascendental para que el agraviado en la diligencia de Inspección y Reconstrucción de los Hechos que obra a folios ciento treinta y que fue realizado mucho después con fecha diecinueve de octubre de dos mil nueve, señalara que no recuerda nada de los hechos porque estaba ebrio, cuando precedentemente, si bien había declarado que no logró identificar a sus agresores, al menos dio cuenta de cómo había sido asaltado.

Tan es así, que inclusive, ese cambio de versión o la falta de precisión que se evidenció aún más con esa declaración del agraviado en la diligencia en mención, sobre quienes habrían sido sus agresores y cómo le habrían agredido, fue el sustento principal de la resolución número trece de folios ciento cuarenta y dos, donde se le varió el mandato de detención que en el auto apertorio de instrucción se hubo dispuesto en contra del mencionado por el de comparecencia con restricciones, en atención al pedido que hizo la defensa del recurrente a folios ciento treinta y ocho después que se realizaran la actuación y la diligencia en mención. Habiendo cumplido igualmente con el pago de la caución que se le impuso como consecuencia de aceptar la variación de su mandato de detención, tal como se advierte de folios ciento cuarenta y ocho.

Esas son las actuaciones principales que ha desplegado la defensa del imputado Edgar Severiano Rojas Cantalicio a nivel de la instrucción, lo que en efecto devela que tenía como estrategia su puesta en libertad a razón de desplegar su puesta a disposición y reparación de los daños ocasionados al agraviado, lo que habría incidido en su declaración que manifestó a nivel de la diligencia de inspección judicial; de tal modo, que esta parte, podemos afirmar que sí resultó eficaz y eficiente, a pesar que estuvo a cargo de dos abogados distintos.

A nivel de juzgamiento, la defensa del recurrente en mención, se corresponde a otro abogado, quien sostuvo la misma estrategia, en el sentido que el recurrente, no recordaba los hechos porque se encontraba ebrio y con la declaración de la conviviente del recurrente, quien en esa etapa también declaró que aquel tomaba licor con regularidad. Lo que se devela más aun, en cuanto en su recurso de nulidad que interpuso, esgrimió como sustento de la impugnación, precisamente que estuvo alcoholizado a la comisión de los hechos; lo que a la postre habría conseguido efectos, pues, en la decisión final que resolvió la causa a nivel de la Corte Suprema, se destaca que el inculpado en mención declaró en todo momento que no se recordaba cómo habrían sucedido los hechos porque estaba ebrio.

No obstante, consideramos que, si bien la defensa tiene su mérito, pues, al final no solo logró la libertad anticipada del recurrente sino su absolución, sin embargo, ello se debió más que nada a la falta de acción de los funcionarios que estuvieron a cargo de la investigación y a que la Policía, introdujo hechos que en nada tenían que hacer con los que fueron objeto de investigación; lo que determinó, todo el proceso y su resultado.

#### **2.5.6.- Actuación Formal del Agraviado**

La actuación de la parte agraviada, Carlos Walter Orihuela Duran, se restringió a la etapa policial e instrucción; siendo que en la etapa policial se da cuenta que fue la persona que denunció que el día veintinueve de junio sufrió un asalto entre las once y treinta y doce de la noche a la altura del puente de Chontabamba, donde había acudido por sus fiestas patronales. Obrando por ello su declaración que corre a folios once, donde si bien no da cuenta de quienes serían sus agresores, si señala cómo fue la agresión y asalto que sufrió el día en mención en el siguiente sentido:

“(…) cuando estaba caminando pasé el puente colgante que cruza el río Chontabamba, habré avanzado unos 100 m. Aprox. en donde aparecieron seis personas de sexo masculino, en ese momento me rodearon diciendo que pertenecían al Sendero Luminoso y sin motivo alguno me empezaron a golpear con puñetes y patas en diferentes partes de mi cuerpo, uno de ellos me cogió del cuello y me tumbó al piso y ahí me tenía inmovilizado, el otro rebuscó mis bolsillos en donde en el bolsillo delantero de mi pantalón tenía un celular marca PANTECH de color plomo y pertenece a CLARO, asimismo, en ese mismo lado del bolsillo tenía S/.50.00 N.S. y también me robaron una sudadera de color crema, de material algodónado y a la altura del pecho tenía algunas escrituras de las cuales no me recuerdo, todo eso me quitaron sin lástima alguna a pesar que les suplicaba y les pedía clemencia pero no me hicieron caso y continuaron pegándome, en eso sentí dos hincos en la espalda pensé que me estaban pateando y cuando vieron que no tenía nada más se alejaron un poco y pude pararme, en ese momento me dijeron corre y salva tu vida, por lo que sin pensar dos veces emprendí una carrera veloz (…).”

Asimismo, de esa declaración es conveniente destacar, que en cuanto la Policía le interrogó, sobre si reconoció a sus agresores, manifestó:

“Que, esa zona donde me robaron es desolado y oscuro, por donde no transitan muchas personas y ese día de los hechos algunas de estas personas estaban con gorras, (...), es difícil reconocerlos por la oscuridad que no se podía ver y eso aprovecharon para asaltarme”

En la instrucción, en cuanto se le interrogó sobre si se ratifica de su declaración, a folios ciento cinco, manifiesta que sí, sin embargo, en esta etapa señala que fue asaltado por, “los dos inculpados y otros adolescentes”; lo que resulta contradictorio, si precedentemente había indicado que no logró identificar a sus agresores.

Siendo que, en esta etapa, el agraviado recibió del hermano del procesado, Edgar Rojas Cantalicio, la suma de trescientos nuevos soles vía transacción judicial, tal como se tiene de esa instrumental de folios ochenta y ocho, donde se hace constar que eso fue por los daños sufridos en el asalto del que fue objeto del día veintinueve de junio de dos mil nueve y que ello es, a pesar que declaró que no reconoce a sus agresores.

Ese proceder díscolo del agraviado, se advierte más aun, en cuanto en la diligencia de Inspección Judicial y Reconstrucción de los Hechos, que obra a folios ciento treinta y siguientes, declara que no puede participar en la reconstrucción de los hechos debido a que no recuerda nada de los hechos porque estaba ebrio, borracho.

Sobre esas actuaciones del agraviado, se advierte que en realidad a su parte, solo le interesó recibir una contraprestación económica para resarcir los daños que sufrió con la comisión de los hechos donde se le arrebató su celular, cincuenta soles y una polera; así como se le irrogó lesiones que no rebasan los diez de tratamiento o descanso; no obstante, ello en realidad se condice con los fines que busca la parte agraviada en un proceso, pues, la averiguación del delito le corresponde a la Fiscalía y al Juez de la Instrucción, quienes como se destacó precedentemente, tuvieron una participación negligente en cuanto se advertía alguna contradicción en las actuaciones, pues, ni en el caso de las declaraciones del agraviado ni en del co participe del recurrente, esto es, de Edison Rojas Clemente, realizaron mayor pregunta al respecto; dejando al albedrio del agraviado lo que podía o no declarar, siendo que inclusive se habría visto influenciado porque participó en una transacción extrajudicial donde recibió dinero.

Por lo que, es de evidenciar, que el agraviado en sí no tuvo quien defienda sus intereses, actuando en sus actuaciones conforme a su

leal parecer, lo que al final terminó incidiendo en el resultado del proceso, pues, uno de los sustentos de la absolución es que la falta de precisión en la sindicación que realizó el agraviado sobre sus agresores.

## **2.6.- Análisis de las Consideraciones y Fundamentos de los Sujetos Procesales (Policía, Fiscalía, Juez y Tribunal, Abogados, Agraviado (S), Imputado (S), Terceros, Etc.)**

### **2.6.1. Consideraciones de la Policía**

Como se puede ver del título que le da sentido a esta parte de nuestro trabajo, en primer orden cabe mencionar, que el presente proceso se inicia con la denuncia que realizó el agraviado, Carlos Walter Orihuela Duran, por ante la Comisaría de Oxapampa, el día tres de julio del año dos mil nueve, a horas once y treinta de la mañana, en donde, tal como se advierte del atestado de folios dos y siguientes, manifiesta:

“(…) que vive en el Sector San Jorge, del distrito de Chontabamba, Oxapampa, que el día veintinueve de junio del año dos mil nueve, a horas once y treinta de la noche, aproximadamente, en circunstancias que retornaba a su domicilio, después de haber participado en una reunión social por aniversario del distrito de Chontabamba, a unos cien metros del Puente Colgante de Chontabamba, la misma que divide al sector dos de mayo con el distrito de Chontabamba, margen izquierda, fue interceptado por cuatro sujetos integrantes de Sendero Luminoso y al responderles que no le interesaba, estos sin motivo alguno le comenzaron a agredir físicamente con puñetes y patadas en diferentes partes del cuerpo, para luego tirarle al suelo y despojarlo de sus pertenencias tales como un celular y dinero en efectivo por la suma de cincuenta nuevos soles, al resistirse, estos le ocasionaron lesiones al parecer con un arma blanca en diferentes partes de su cuerpo y que debido a ello fue que resultó lesionado y tuvo que acudir al Hospital para ser atendido; por lo que, solo después de su alta es que realizó la denuncia.

La Policía Nacional de la Provincia de Oxapampa a partir de esa denuncia elabora el Atestado Policial signado con el Número 041-VIII-DIRTEPOL-RJ/DIVPOL-CH-COXA-SEINCRI y en el ítem, análisis y evaluación de los hechos, en primer término describe la denuncia que realizó el agraviado Carlos Walter Orihuela Duran, sobre el asalto que padeció el veintinueve de junio de dos mil nueve a horas once y treinta de la noche, alrededor de las inmediaciones del Puente Chontabamba de la provincia de Oxapampa. Seguidamente se detalla sobre las indagaciones que realizaron acerca del asalto que fuera materia de denuncia, llegando a afirmar que por colaboración de la persona de Zenon Cabrera Sesa, quien manifestó: “que el menor Julio Cesar Rojas Ponce le vendió un equipo de celular con las mismas características que las del que le fuera arrebatado al agraviado, procedieron a tomar la declaración del menor en mención”, tal como se afirma en el apartado C de esa parte del Atestado en mención, cabe recordar que a esa fecha Julio Cesar Rojas Ponce tenía tan solo dieciséis años de edad, por lo que su manifestación que se realizó en presencia de su señor padre, Fernando Rojas Medina.

Seguidamente en el apartado D se dice, que dicho menor al ser interrogado por la Representante del Ministerio Público en presencia de su abogado defensor, manifestó:

Que sí había participado en el asalto que denunciara el agraviado y que además lo hizo en compañía de Jhon Clemente Rojas, de diecisiete años de edad, Edison Rojas Clemente, de dieciocho años de edad, y de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, de treinta y cinco años de edad

Además, declaró: “que para el robo utilizaron un cuchillo, para amenazar al agraviado ante una posible resistencia, logrando por ello

arrebatarse un equipo celular marca Pantech, color plomo y dinero en efectivo en la cantidad de cincuenta nuevos soles.”

Al respecto, se indica, que en virtud a esa declaración a nivel de la Policía se procedió a recabar la declaración del otro menor que habría participado en el robo, Jhon Clemente Rojas, quien según lo dicho en el apartado D de la parte del Atestado se indica que este al ser sometido a interrogatorio declaró: “haber integrado la banda criminal “Los Chacalones”. Asimismo, que manifestó:

“(…) el cabecilla del grupo a Edgar Severiano Rojas Cantalicio, fue quien los indujo a cometer el ilícito penal, donde el menor Julio Cesar Rojas Ponce para facilitar el robo, propinó varias puñaladas en la parte dorsal posterior ocasionando heridas cortantes en el agraviado, lo cual se ratifica con el Certificado de Reconocimiento Legal” (sic)

A continuación, en el apartado E, se dice que Edison Rojas Clemente, de dieciocho años de edad, ante la versión de los menores declaró:

“reconocer haber participado en el hecho investigado conjuntamente con Edgar Severiano Rojas Cantalicio de treinta y cinco años de edad, quien el veintinueve de junio del dos mil nueve, instantes antes de perpetrarse el hecho delictuoso optó por coger del cuello al denunciante para reducirle y concluir lo premeditado aprovechando que la zona de los hechos presenta ausencia de alumbrado público por ser un lugar alejado del distrito de Chontabamba, contribuyendo al ilícito la poca transitabilidad de personas y vehículos para las once y treinta de la noche.”

Todo lo antes indicado se corresponde a una descripción de las diligencias que realizara la Policía en la investigación policial, toda vez que posterior a ella se realizan las conclusiones o inferencias como resultado de la investigación que realizó la Policía, las cuales corren

a partir del apartado F del Atestado en mención, del ítem Análisis y Evaluación de los Hechos. No obstante, en esta parte se advierte que existe incongruencia entre lo descrito y lo que en realidad habría llegado a ocurrir, toda vez que se afirma que el menor Jhon Clemente Rojas, de diecisiete años de edad, declaró, corroborando la versión del otro menor investigado, Julio Cesar Rojas Ponce de dieciséis años de edad, en el sentido de que integrarían la banda de “Los Chacalones” y que Edgar Severiano Rojas Cantalicio sería su cabecilla, toda vez que tal como se advierte de la declaración de los menores Julio Cesar Rojas Ponce y Jhon Clemente Rojas, que obran a folios diecinueve y veintitrés, respectivamente, el primero, declaró en cuanto al hecho concreto: “que Edgar Rojas Cantalicio le cogió y lo tumbó al suelo y Edison Rojas Clemente empezó a rebuscarle sus bolsillos y de más prendas del agraviado”. Asimismo, que Jhon Clemente Rojas estaba de campana un poco más arriba de donde le estaban robando a ese señor; yo estaba viendo de lo que estaban haciendo, y cuando empezaron a correr devuelta a la fiesta (...)” (sic). Es decir, en ningún momento dicho menor manifestó ser parte de una Banda Criminal “Los Chacalones” y que Edgar Severiano Rojas Cantalicio sea el cabecilla, es más, tal como se advierte de esa declaración que obra a folios diecinueve, ni siquiera se le preguntó por ese hecho.

Lo mismo ocurre en cuanto la declaración de Jhon Clemente Rojas, que corre a folios veintitrés, quien por ante la Policía manifestó:

(...), hasta llegar a la altura del puente Chontabamba, momentos que puede observar que una persona de sexo masculino venía caminando por la carretera en estado de ebriedad, momentos que mi tío Edgar Rojas, nos indicó cagarlo ya que sería dicha persona que había robado mi auto radio, llegando cogerlo del cuello mi primo Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas Cantalicio llegando a tumbarlo al piso en donde mi primo llegó a sacarlo un celular de su bolsillo pero no

pude observar sí habrían sacado dinero ya que estaba oscuro el lugar, ya que mi persona se limitó en sacarlo del lugar al sujeto, (...) (sic).

Ahora bien, como dijéramos precedentemente, a partir del apartado F se expone las inferencias sobre las actuaciones policiales que realizó la Policía de Oxapampa, indicando, que Edgar Rojas Cantalicio es autor intelectual y material del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en banda, en complicidad de Edison Jacinto Rojas Clemente y los dos menores antes mencionados.

Además, que las lesiones ocasionadas a Carlos Walter Orihuela Duran, fueron ocasionadas empleando un arma blanca punzo cortante (cuchillo) por parte del menor Julio Cesar Rojas Ponce. Asimismo, que, Edison Clemente Rojas, admite ser el responsable de haber despojado de sus pertenencias a Carlos Walter Orihuela Duran, esto es, de un celular marca Pantech color plomo y dinero en efectivo por la suma de cincuenta nuevos soles. Se agrega, que Edgar Severiano Rojas Cantalicio, al tener conocimiento de la denuncia y verse reconocido como uno de los partícipes del asalto se dio a la fuga.

Al respecto de esas afirmaciones que aparecen en el apartado F del Atestado en el cuarto punto, cabría indicar, que al igual que sucediera con la apreciación sobre las declaraciones de los menores, Julio Cesar Rojas Ponce y Jhon Clemente Rojas, con respecto a Edgar Severiano Rojas Cantalicio; en este apartado, se realizan afirmaciones carentes de todo sustento u actuación policial; ya que, si bien se dice que dicho procesado se dio a la fuga porque se vio descubierto, sin embargo, de ello no existe ninguna actuación que así lo corrobore, es decir, que ni siquiera obra una constancia que acredite que la Policía se haya dirigido al domicilio que tendría ese procesado, que tal como se observa de la Hoja Reniec que corre a folios treinta y seis, vivía en la misma provincia de Oxapampa;

tampoco obra alguna actuación de persecución o algo parecido que sustente lo que se dice, que ese procesado se dio a la fuga por ser reconocido y descubierto.

En ese mismo contexto, resulta una incoherencia que en el punto uno del atestado se diga, que Edgar Severiano Rojas Cantalicio, de treinta y cinco años de edad resulta ser el autor intelectual y material del delito, porque quien es autor material no puede ser autor intelectual, que se caracteriza, en sus términos más simples, por hacerse de otra persona para cometer el ilícito, este sujeto, al que se le llama el hombre de atrás, no interviene con actos materiales en la comisión del ilícito. De tal manera, que resulta un contrasentido que se afirme ambas cosas a la vez.

Siguiendo con el análisis de la actuación policial, en el apartado G del atestado en mención, se dice que la banda delincencial conocido como “LOS CHACALONES” habría perpetrado el delito contra el patrimonio, en sus diferentes modalidades en agravio de la población de Nueva Berna, San Carlos, Santo Domingo, San José y otros lugares de Chontabamba. En el apartado H, se dice que los vándalos conocidos como “Los Chacalones” estarían vinculados en el Hurto de los equipos de cómputo en agravio del Centro Educativo N°34243, Miraflores, Comunidad Nativa de Tsachopen, que valdrían dos mil nuevos soles y ello porque el investigado Edgar Severiano Cantalicio Rojas, tiene su vivienda en las inmediaciones de la Comunidad Nativa en mención. En relación a esas dos afirmaciones, cabría decir, que también presenta ausencia probatoria, porque, en puridad tal como se develara precedentemente, no existe medio de prueba que evidencie que los procesados actuaron en Banda. Lo mismo ocurre en cuanto se afirma, que estos habrían perpetrado varios delitos en el distrito de Chontabamba y que también serían responsables de cometer hurto en una Institución Educativa, ya que de ello tampoco existe elemento probatorio alguno; inclusive se llega a afirmar que serían

responsables del hurto porque el investigado Edgar Severiano Rojas Cantalicio tiene una casa en la Comunidad Nativa de Tsachopen, donde quedaría la escuela en mención, lo que, a todas luces, carece de lógica alguna, pues, en modo alguno domiciliar en un sector donde se comete un delito te hace responsable de él.

Ahora bien, a modo de conclusión la Policía de Oxapampa en el Atestado en el apartado I, señala que se estableció fehacientemente, la comisión del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Robo Agravado en Banda, por Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente, para después concluir que se ha determinado irrefutablemente la responsabilidad penal en el Delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en Banda por parte de Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran. Debiéndose precisar que antes de ello en el apartado J, se concluye que también los menores Julio Cesar Rojas Ponce, de dieciséis años de edad, y Jhon Clemente Rojas, de diecisiete años de edad, se encuentran inmersos en la infracción a la Ley Penal Contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado, en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran.

Como se puede advertir de los dos últimos apartados y conclusión que son materia de análisis, la Policía en esta etapa realiza afirmaciones concluyentes como si la etapa en la que intervienen fuera una definitiva y no, así como la parte de un todo que recién empieza, como parte del proceso penal. Además, la Policía realiza una calificación del hecho imputado, sin embargo, esa calificación de Robo Agravado en Banda, a la fecha de la comisión de los hechos no se tenía respaldo jurídico, pues, no estaba previsto como delito cometer delito de robo en banda. Es más, preliminarmente es de advertir, que esa calificación jurídica de los hechos no se correspondería a los actos desplegados por los investigados, ya que

no se corresponde a lo que se conoce como banda, que se entiende “(...) a la organización, más o menos jerarquizada, compuesta de tres o más sujetos, con armas o sin ellas, por lo común delincuentes habituales, que se asociación para cometer delitos múltiples e indeterminados.” (Salinas Siccha, 2013, pág. 1041) Lo que habrían desplegado los investigados, pues, todos son coincidentes en señalar que el asalto tuvo su origen en cuanto se encontraban a la altura del lugar que conocen como Puente Colgante, retornando al distrito de Chontabamba de Oxapampa, después de haber estado libando licor y porque en eso vieron al agraviado; es cuando, según versiones del procesado Edison Rojas Clemente, y los menores Julio Cesar Rojas Ponce y Jhon Clemente Rojas, procedieron a robarle; entonces, se trata de un hecho aislado y sin mayor planificación precedente para su perpetración; por lo que, el hecho incriminado, más se correspondería a un robo con la una participación de dos o más personas, que también se encuentra previsto en el mismo artículo 189° del Código Penal como una agravante cualificada, pero con una pena menor a la que habría querido atribuir la Policía al calificar ese hecho como un robo en banda, pues, al parecer habrían asimilado el delito de robo en banda con el de robo como parte de una organización criminal, que en el último párrafo del artículo 189° del Código Penal se encontraba regulado con la pena de cadena perpetua.

Consecuentemente, podemos afirmar que las consideraciones de la Policía carecen de objetividad y técnica adecuada, pues, se exagera en la calificación y configuración de los hechos con la sola intención de agravar la situación jurídica de los imputados. Lo que se evidencia aún más, en cuanto en ese mismo ítem en el apartado “h” se afirma, que no se descarta la posibilidad de que estas personas actuando en banda, la conocida como “Los Chacalones”, también habrían participado en otro hecho delictivo que es el hurto de equipos de cómputo en agravio del Centro Educativo número 3424 Miraflores –

Comunidad Nativa de Tsachopen de la provincia de Oxapampa; de tal manera, que con este proceder no solo se ratifica que la Policía altera los hechos y exagera su calificación jurídica, sino que evidencia que no tiene una visión seria y objetiva de lo que es realizar una investigación, por lo menos en este caso concreto.

Lo antes dicho cobra mayor verosimilitud, en cuanto se advierte que los hechos no se descubren por las investigaciones que realiza la Policía a partir de la denuncia que realizó el agraviado, sino porque la persona del testigo, Zenon Carrera Sesa, advirtió que el celular que había adquirido era el que había sido robado al agraviado Carlos Orihuela Durand, tal como se advierte de su declaración de folios catorce, donde sindicó al menor Julio Rojas Ponce como la persona que le vendió el celular robado; lo que, le sirvió a la Policía para a partir de ello realizar las investigaciones del caso, citando al menor en mención y este en su declaración termina vinculando a los otros investigados en la comisión del delito.

Todo lo cual, evidencia a su vez, una completa falta de dirección de la investigación por parte de la Fiscalía y por ende predominio total de la actividad policial en la investigación, con consecuencias nefastas, pues, no solo es el hecho de que se recogen las versiones de los investigados y testigos, sin mayor rigurosidad, sino que al parecer los inducen a declarar en un determinado sentido como es el caso del agraviado, quien narra hechos de terrorismo; así como de los menores investigados, quienes aceptan pertenecer a una banda criminal; todo ello, por parte de la Policía con el afán de darle sentido a una alteración de los hechos y a una calificación jurídica de los hechos para agravar la situación jurídica de los imputados. Es decir, una ausencia total de garantías legales para con el imputado y para todos los sujetos procesales, inclusive el agraviado, pues, con esa exageración y proceder de la Policía, al final es poco probable, como sucediera, que sus intereses sean satisfechos; lo que precisamente

es el deber de la Fiscalía en esa etapa, pues por mandato de la Constitución es el defensor de la legalidad y no así un mero espectador de lo que pueda o no hacer la Policía en la etapa de investigación.

### **2.6.2.- Consideraciones de la Fiscalía**

Ahora bien, en cuanto a las consideraciones del Ministerio Público tenemos que estos principalmente fueron expuestos en dos actos, la denuncia y acusación fiscal. En ese sentido, en el primer acto, que corre a folios cuarenta y siete y siguientes del expediente, en donde la Fiscal Provincial del Ministerio Público de la Provincia de Oxapampa, Carmen Patricia Soria Valdivia, hace conocer los hechos al Juez de la Instrucción mediante denuncia N° 175-2009, de fecha nueve de julio del año dos mil nueve, siendo recepcionada por el Juzgado Mixto de Oxapampa el mismo día, indicando que formaliza denuncia contra Edison Jacinto Rojas Clemente y Edgar Rojas Cantalicio, por la comisión del delito de Robo Agravado, en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran. Así indica, que:

“el día veintinueve de junio a horas once y treinta de la noche aproximadamente cuando se dirigía a su vivienda el agraviado fue interceptado por cuatro sujetos a inmediaciones del Puente Chontabamba, quienes portando un arma blanca (cuchillo) previamente uno de ellos lo cogió del cuello, otro lo amenazó con el arma blanca hasta causarle lesiones otro le rebuscaba sus pertenencias mientras que uno de los menores hacía de campana, sustrayéndole su celular y la cantidad de cincuenta nuevos soles”; se agrega, “que producto de las lesiones con el cuchillo el agraviado presenta puñaladas en la parte dorsal posterior del cuerpo conforme al reconocimiento médico que obra en autos estando incluso internado en el Hospital (...)”.

Posteriormente a ello, en un segundo párrafo la Fiscalía señala:

“Que, realizadas las investigaciones se tiene que los cuatro sujetos que participaron son Julio Cesar Rojas Ponce (16), Jhon Clemente Rojas (17) Edison Rojas Clemente (18) y Edgar Severiano Rojas Cantalicio (35), todos integrantes de la Banda “Los Chacalones” siendo el cabecilla Edgar Severiano Rojas Cantalicio (35) a la fecha No habido, quien aprovechando su mayoría de edad ha insinuado a los menores a participar del hecho delictuoso, es así que el día de los hechos los cuatro sujetos se encontraban libando licor en la fiesta de Chontabamba y como se habían ya quedado sin dinero deciden asaltar a las personas, a fin de quitarle su dinero para continuar libando, por lo que proceden a aprovisionarse de un cuchillo de cocina de la casa de Jhon Clemente Rojas, por lo que siendo las once y treinta de la noche por el puente Chontabamba que es un lugar de poca iluminación y desolado a esas horas de la noche, observan al agraviado, a lo que Edgar Severiano Rojas Cantalicio les indicó QUE LO AGARRARÍAN POR LA ESPALDA (cogotero), mientras que Edison Jacinto Rojas Clemente proceda a rebuscar sus bolsillos y quitarle todas sus pertenencias mientras que Julio Cesar Rojas Ponce (16) debería de amenazarlo con el cuchillo procediendo a darle de puñaladas en la parte de la espalda (...).”

Sobre lo antes expuesto agrega:

“(...) luego de perpetrar su ilícito se retiraron abandonando a su víctima dirigiéndose a la Fiesta de Chontabamba donde gastan su dinero, luego con una combi retornan a Oxapampa, es así que Edgar Rojas Cantalicio como no tenían dinero para pagar los pasajes deja en prenda el celular al chofer de la combi, y al día siguiente treinta de junio el menor Julio Cesar Rojas Ponce busca al chofer de la combi y recupera, para posterior ingresar al locutorio ubicado en la calle Mullembruck y Bolognesi y encontrarse con su profesor Zenon Carrera Sesar a quien le ofrece en venta el celular quedando en la

suma de sesenta Nuevos Soles, de los cuales en ese acto le da la suma de diez nuevos soles, sin embargo, el profesor dio cuenta a la Policía (...).”

Estos hechos fueron subsumidos en el artículo 189 incisos 2, 3 y 4 del Código Penal vigentes a la fecha de la comisión de los hechos.

En relación a esas consideraciones o fundamentos, debe indicarse, que la Fiscalía propone un caso, repitiendo las afirmaciones que realiza la Policía, en cuanto señala que los investigados son integrantes de la “Banda Los Chacalones”, es más, se llega a afirmar que el cabecilla es el procesado Edgar Severiano Cantalicio. Asimismo, también elabora un ensayo sobre el motivo de los investigados para cometer el delito, indicando, que sería porque se les habría acabado el dinero para seguir tomando e inclusive por ello se habrían hecho de un arma blanca. Además, se ensaya cómo habría sido la participación de los imputados, indicando, que Edgar Rojas Cantalicio, sería quien manifestó que, agarraran al agraviado; mientras que Edison Jacinto Rojas Clemente fue quien procede a rebuscar los bolsillos de este y quitarle sus pertenencias; que el menor Julio Cesar Rojas Ponce es quien amenaza al agraviado con un cuchillo y le causa lesiones, mientras que Jhon Clemente Rojas actuaba de campana; sin embargo, de ese relato no queda claro si el procesado Edgar Rojas Cantalicio, además de indicar a sus otros investigados para asaltar al agraviado, participó o no en actos materiales propios de un robo, pues solo se dice que él fue quien propuso atacar al agraviado.

Todo lo cual, resulta carente de asidero y contradictorio, pues, se dice que actuaron en banda sin un sustento jurídico al respecto; además, se enuncia que Edgar Rojas Cantalicio es quien les dijo a sus co participes para cometer el delito, sin embargo, se le termina asignando la calidad de cabecilla de la banda los Chacalones, es

decir, que tiene la condición de co autor, sin embargo, ese acto de insinuación que se destaca sobre su participación más se corresponde a una de instigador, es decir, de partícipe.

El otro acto en el cual la Fiscalía expone consideraciones es el acto de la acusación fiscal, la que corre a folios doscientos ocho del presente proceso y donde el Ministerio Público, ya actuando a través de la Fiscalía Superior, en el ítem Acción Punible vuelve a reiterar la versión que la Fiscalía Provincial expuso de cómo sucedieron los hechos. No obstante en la parte de Hechos Probados, si bien se vuelve a afirmar que los hechos habrían sido cometidos por los investigados como parte de una banda conocida como “Los Chacalones” y que su cabecilla es Edgar Severiano Rojas Cantalicio, empero, en esa parte en cuanto a la participación de los procesados, se dice que Edgar Severiano Rojas Cantalicio al observar al agraviado procede a cogotearlo; mientras que Edison Rojas Clemente rebuscar sus bolsillos y le quita sus pertenencias y Julio Cesar Rojas Ponce lo amenaza con un cuchillo y le da de puñaladas. Es decir, se delimita que es lo que habría hecho el procesado Edgar Rojas Cantalicio, lo que hasta ese momento del proceso no había desplegado la Fiscalía. Asimismo, la Fiscalía Superior delimita la tipificación de los hechos de manera concreta, indicando que además de que los hechos se subsumen en los incisos 2, 3 y 4, también se subsumen en el inciso 1 del Segundo Párrafo del artículo 189° del Código Penal, que prevé que la acción del robo se agrava cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima y que ello recibirá una pena no menor de veinte ni mayor de treinta años.

Para corroborar esas afirmaciones en la acusación se hace un relato de las actuaciones procesales realizadas tanto a nivel preliminar como a nivel de la instrucción; para luego de ello, proceder a realizar afirmaciones sobre los hechos que se encuentran probados, donde

se destaca el punto dos que obra a folios doscientos quince, donde se afirma:

Está probado la participación de los procesados Edison Rojas Clemente (18) y Edgar Severiano Rojas Cantalicio (35), quienes juntamente con los menores Julio Cesar Rojas Ponce (16), Jhon Clemente Rojas (17), todos integrantes de la banda “Los Chacalones”, siendo el cabecilla Edgar Severiano Rojas Cantalicio (35), es así que el día de los hechos los cuatro sujetos se encontraban libando licor en la Fiesta de Chontabamba y al haberse quedado sin dinero deciden asaltar a las personas, proceden a aprovisionarse de un cuchillo de cocina de la casa de Jhon Clemente Rojas, siendo las 23: 30 de la noche por el puente de Chontabamba lugar de poca iluminación y desolado, observan al agraviado; Edgar Severiano Rojas Cantalicio lo agarró por la espalda del cuello (cogoteo), Edison Jacinto Rojas Clemente procede a rebuscar sus bolsillos y quitarle todas sus pertenencias mientras que Julio Cesar Rojas Ponce (16) amenaza con el cuchillo procediendo a darle de puñaladas en la parte de la espalda conforme al certificado que tiene como resultado 08x07, Edison Rojas Clemente se apropia de un celular y de la suma de cincuenta nuevos soles, mientras que John Clemente Rojas actuaba como campana, luego se dan a la fuga proceden a tirar el cuchillo a las malezas.”

En ese mismo sentido, en el punto siete sobre la responsabilidad penal de Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente, se dice:

Está probado con la manifestación del agraviado CARLOS WALTER ORIHUELA de fs. 11 y siguientes, llevada con Participación del Representante del Ministerio Público, donde señala que el día 29 de junio del 2009 entre las 23: y 00, después de haber ingerido aproximadamente 05 cervezas, decidió retirarse de la Fiesta que se

realizaba en la Plaza de Chontabamba, cuando estaba caminando para el puente colgante que cruza el río Chontabamba, habría avanzado unos 100 metros diciendo que pertenecían al Sendero Luminoso y sin motivo alguno le empezaron a golpear con puñetes y patadas en diferentes partes de su cuerpo, uno de ellos lo cogió del cuello y le tumbo al piso y ahí le tenían inmovilizado, el otro rebuscó mis bolsillos en donde en el bolsillo derecho de su pantalón, tenía un celular marca Pantech, de color plomo y también le robaron una sudadera de corto crema de material algodónado, sintió dos hincos en la espalda pensó que le estaban pateando y cuando vieron que no tenía nada se alejaron un poco y corrió y cuando estaba alejado unos 500 metros aproximadamente sintió dolor en la espalda lado izquierdo y al coger pudo sentir que estaba sangrando, dándose cuenta los hincos sentidos no eran de patadas sino eran puñaladas.

Igualmente, sobre lo antes indicado, en un apartado noveno, décimo y décimo primero, se señala:

Está probado con la manifestación de Edison Rojas Clemente (18), con participación de Representante del Ministerio Público de fs.16 y siguientes, que cuando estaba descansando el 29 de Junio del 2009 a horas 11:30 a 12: 00 de la noche, y como en ese momento pasaba una persona desconocida y borracho, su tío Edgar Rojas Cantalicio, dijo: “Hay que cagarlo a este huevon para recuperar algo del autoradio”, entonces su persona juntamente con Julio Rojas Ponce, corrieron hacia la persona desconocida, Julio lo empuja y se cae al suelo y lo sujetaba, mientras que él lo comenzó a rebuscar los bolsillo, sustrayéndole su celular, luego se corrió hacia el puente dejando a su tío Edgar Rojas Cantalicio, John Clemente Rojas y Julio Rojas Ponce en el lugar de los hechos juntamente con el sujeto, luego se reunieron en el puente al ver que solamente se la había sustraído al sujeto un celular, su tío les dijo para ir a Chontabamba para empeñar dicho celular para seguir tomando, al ver que no había nada decidieron abordar una combi de pasajeros para retornar a Oxapampa y como

no tenían dinero para el pasaje su tío le habló al chofer y le dejó el celular empeñado, luego cada uno se retiró a su domicilio a descansar; el que portaba un cuchillo era Julio Cesar Rojas Ponce, el mismo que le enseñó en el camino y no le dijo para que lo portaba.

Está probado con la referencial del menor JULIO CESAR ROJAS PONCE (16), el mismo que se lleva a cabo con Participación del Representante del Ministerio Público y con el abogado de oficio, que el día 29 de junio del 2009 entre las 11:30 y 12: 00, cuando retornaban con destino a Oxapampa, tomaron la ruta por donde ésta el puente colgante, empezaron a caminar en eso vieron que se acercaba una persona varón, quien se acercó al grupo y les dijo arriba me quisieron robar y Edgar Rojas Cantalicio le cogió del cuello y lo tumbó al suelo y Edison Rojas Clemente empezó a rebuscar sus bolsillo y de más prendas del agraviado, asimismo Jonhn Clemente Rojas estaba de campana un poco más arriba dónde le estaba robando a ese señor, empezó a correr devuelta a la fiesta que se realizaba en Chontabamba, en el puente se detuvieron, momento en que Edison Rojas Clemente les mostró un celular de la empresa Claro, color plomo, volvieron a la plaza de Chontabamba, tomaron la combi con destino a Oxapampa, el celular lo dejaron empeñado por el pasaje, fue entregado por Edgar Rojas Cantalicio, persona que cogoteo al agraviado, agrega que al momento del robo no le pegaron, de repente al momento que le tenían tirado en el suelo le habrían metido cuchillo en la espalda suponiendo que lo hizo Edgar Rojas Cantalico porque esta persona le tenía agarrado del cuello, admite que el entrego el celular al profesor Zenon Carrera Sesa, quien le dijo que estaba corto de dinero y que otro pata compraría el celular y que el 01 de julio del 2009 esta persona le dijo que había parecido su dueño.

Está probado con la referencial de John Clemente Rojas (17), con participación del Representante del Ministerio Público y de su abogado defensor, señala que el día 29 de Junio del 2009, a horas 11

aproximadamente se encontraba en la plaza de Chontabamba, con su primo Edison Rojas Clemente y Julio Rojas Ponce, presentándose su tío Edgar Rojas Cantalicio, un poco tomado, se dirigieron a guarapo, donde tomaron hasta altas horas de la noche, siendo las 23:40 aproximadamente en circunstancias que se dirigían juntamente con su tío Edgar Rojas, su primo Edison Rojas y su amigo, Julio Rojas en su motokar con destino a su domicilio, se da cuenta que su auto radio no se encontraba, retornaron caminando los cuatro hacia Chontabamba hasta llegar a la altura del puente Chontabamba, momentos en que pudo observar a una persona de sexo masculino caminar por la carretera en estado de ebriedad, momento que su tío Edgar Rojas les indicó cagarlo ya que dicha persona le había robado su auto radio, llegando cogerlo del cuello su primo Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas Cantalicio llegando a observar si habrían sacado dinero, luego retornan a Chontabamba en un vehículo particular y como no tenían pasajes dejaron el celular robado empeñado, al propietario del carro a quien no lo conoce, ya que el arreglo lo realizó su tío Edgar Rojas Cantalicio, horas antes del robo su persona sacó un cuchillo de su domicilio y entregó a Julio Rojas Ponce para asustar a la persona que había robado el auto radio, empleando el cuchillo el cuerpo al agraviado, arma que al parecer su amigo Julio Rojas Ponce le habría votado, ya que no se encuentra en su poder.

Por lo que procede acusar a los imputados, EDISON JACINTO ROJAS CLEMENTE Y EDGAR SEVERIANO ROJAS CANTALICIO, como autores del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de ROBO AGRAVADO, en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran, bajo el tipo penal del artículo 189° inciso 2, 3 y 4 del primer párrafo así como en el inciso 1 del segundo párrafo del acotado Código Penal, en concordancia con el artículo 188 como tipo base, solicitando que se les imponga una pena de **veinticinco años** a cada uno.

Con relación a esos sustentos, podemos afirmar, que la actuación de la Fiscalía Superior se corresponde a un acto de repetición de lo que hizo la Fiscalía Provincial, quien a su vez repitió lo que hizo la Policía, pues, se reitera que los hechos fueron cometidos en Banda y que el procesado Edgar Rojas Cantalicio es el cabecilla, lo que desde el inicio de la investigación no se ha advertido medio probatorio alguno, así como carecer de sustento jurídico.

Por otro lado, se expone cómo fue la participación del acusado Edgar Rojas Cantalicio, indicando que fue quien al observar al agraviado procede a cogotearlo; mientras que Edison Rojas Clemente rebuscar sus bolsillos y le quita sus pertenencias y Julio Cesar Rojas Ponce lo amenaza con un cuchillo y le da de puñaladas. Es decir, se delimita que es lo que habría hecho el procesado Edgar Rojas Cantalicio, lo que hasta ese momento del proceso no había desplegado la Fiscalía, proceder que resulta adecuado por la concepción progresiva de todo proceso.

En cuanto a los medios probatorios, se advierte que se hace una relación de las actuaciones desplegadas tanto a nivel preliminar como instrucción. Asimismo, si bien se realiza afirmaciones sobre qué es lo que se encuentra probado o no, sin embargo, se vuelve a repetir las actuaciones, es decir, se indica que se encuentra probado algún hecho y repite toda la actuación, omitiendo precisar qué parte de esa actuación es la que acredita la afirmación, convirtiendo esa parte en una repetición del detalle de las actuaciones, lo que convierte a la acusación fiscal en una repetición de actuaciones, sin mayor orden y posibilidad de comprender. Así, se afirma que con la declaración de los menores Julio Cesar Rojas Ponce y John Clemente Rojas; así como, del acusado Edison Rojas Clemente, que se encuentra acreditada la responsabilidad penal del recurrente, Edgar Rojas Cantalicio; sin embargo, como se dijo, se repite cada una de esas actuaciones y se omite explicar no solo, qué parte de sus

declaraciones es la que prueba la intervención del recurrente sino también cómo entender que sobre ello el co imputado, Edison Rojas Clemente declaró, que ello se restringió al hecho de que el mencionado les dijo, “hay que cagarlo a ese huevon para recuperar algo del autoradio”; mientras que el menor Julio Cesar Rojas Ponce, manifiesta que, “Edgar Rojas Cantalicio le cogió del cuello y lo tumbó al suelo” y John Clemente Rojas que, “su tío Edgar Rojas les indicó cagarlo ya que dicha persona le había robado su auto radio, llegando a cogerlo del cuello su primo Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas Cantalicio llegando a tumbarlo al piso en donde su primo llegó a sacarlo un celular pero no pudo observar si habrían sacado dinero (...)” (sic).

Los que al haber sido expuestos de manera conjunta, sin mayor precisión y explicación sobre cómo deben entenderse, no es posible advertir, qué parte de esas actuaciones tienen relación con las afirmaciones que sobre la responsabilidad penal del recurrente se realizan; es más, podemos afirmar que así como ha sido estructurada la acusación, incurrió en una motivación aparente, toda vez, que se recurre a citas de actuados sin explicación y precisión que nos evidencia cual es el razonamiento que siguió la imputación.

### **2.6.3.- De las Consideraciones del Juez**

Sobre el Juez de la instrucción se tiene, que el único acto en el cual esboza consideraciones o fundamentos, es el auto apertorio de instrucción; en dicho acto se identifica a los procesados, que son Edgar Severiano Rojas Cantalicio y Edison Jacinto Rojas Clemente, asimismo, en cuanto a los fundamentos de hecho, vuelve a reiterar lo que dice la Fiscalía casi en su integridad, por lo que se vuelve a repetir que los hechos habrían sido perpetrados en Banda y que el cabecilla sería Edgar Rojas Cantalicio; lo que como se pudo advertir precedentemente carece de todo sustento y es producto de una

exageración de la Policía para justificar una sanción desproporcionada.

En este acto también se determina sobre el mandato con que deben afrontar el proceso los inculpados, llegándose a establecer que existen suficientes elementos probatorios que vinculan a los procesados con los hechos imputados, asimismo, que la pena probable a imponerse es de más de cuatro años y que con respecto al peligro de fuga se dice que el procesado Edison Rojas Clemente, no incurriría en tal supuesto, porque se ha presentado a las citaciones que le hiciera la Policía; mientras que el procesado, Edgar Rojas Cantalicio, sí habría incurrido en peligro de fuga, por lo que, se dispone la apertura del proceso por robo agravado en contra de los inculpados, pero contra el primero con mandato de comparecencia restringida, mientras que con respecto al segundo con mandato de detención. Admitiéndose en ese mismo acto los medios probatorios que solicita la Fiscalía y que se constituyen en declaraciones de los investigados y del agraviado, además, se dice que se actúe una diligencia de inspección judicial, ratificación del certificado médico legal y testimonial de Zenon Carrera Sesa.

Como se puede advertir, y como se dijera precedentemente, la actuación del Juez también se constituye en una acción de repetición, sin la verificación si en realidad los hechos tienen congruencia con su tipificación. Asimismo, se evidencia que no se ha reparado en la motivación del mandato de detención, pues, solamente se ha recurrido a enunciar actuaciones, pero en modo alguno se ha expresado el razonamiento del por qué, por ejemplo, estaba presente el peligro de fuga.

#### **2.6.4.- Consideraciones del Tribunal**

El Colegiado o Tribunal de primera instancia, expone sus fundamentos o consideraciones en la sentencia, que fuera recurrida

por el procesado Edgar Rojas Cantalicio, y que corre a folios trescientos cuatro y siguientes, por la cual se le condenó a la pena privativa de libertad de diez años por la comisión del delito de Robo Agravado en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran; en mérito, sobre todo a los siguientes sustentos:

NOVENO: Bajo esas pautas se procede a valorar los medios probatorios incorporados válidamente al proceso. Así tenemos:

- a) Con respecto al hecho imputados suscitado el veintinueve de junio del dos mil nueve aproximadamente a las veintitrés con treinta horas de la noche en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran existe la declaración del agraviado a nivel preliminar de fojas once al trece, donde ha señalado que el veintinueve de junio del dos mil nueve, a las once y quince de la noche decidió retirarse de la fiesta en Chontabamba con motivo de sus fiestas patronales, cuando pasó el puente colgante que cruza el río Chontabamba, avanzó unos cien metros aproximadamente circunstancia en que aparecieron seis personas de sexo masculino, lo rodearon diciendo que pertenecían a Sendero Luminoso y sin motivo alguno le empezaron a golpear con puñetes y patadas en diferentes partes de su cuerpo, uno de ellos lo cogoteo del cuello y lo tumbó al piso y ahí lo tenía inmovilizado; el otro rebuscó sus bolsillos de su pantalón donde tenía un celular marca PANTECH, de color plomo y pertenece a CLARO; en ese mismo lado del bolsillo, tenía cincuenta nuevos soles le quitaron sin lástima alguna a pesar que les suplicaba y les pedía clemencia y continuaron pegándole, en esos sintió dos hincos en la espalda pensó que lo estaban pateando, y cuando vieron que no tenía nada más se alejaron un poco y pudo pararse, en ese momento le dijeron “corre y salva tu vida”, por lo que emprendió una carrera veloz por espacio aproximado de quinientos metros aproximadamente y cuando ya se encontraba alejado del sitio empezó a sentir dolor en la espalda y al cogerse pudo notar que estaba sangrando, por lo que se dio cuenta que los

hincos no eran patadas, sino eran puñaladas ocasionados por un cuchillo. Añade también que, la zona donde le robaron es desolado y oscuro, por donde no transitan muchas personas y ese día de los hechos algunas de esas personas estaban con gorras, pero tenían el rostro descubierto; agrega que en horas de la madrugada del treinta de junio de dos mil nueve es internado en ES SALUD por presentar cortes en la espalda. A las tres y treinta de la tarde del treinta de junio de dos mil nueve fue a visitarle la persona de Zenon CARRERA, quien le dijo que su alumno Julio Cesar Rojas Ponce le había ofrecido en venta un celular marca PANTECH de color plomo y era de la empresa CLARO, le mostró el celular y era el mismo que le habían robado, pero no le explicó cuando le habían ofrecido el celular, que esta versión dada por el agraviado a nivel preliminar, lo ha sostenido de manera uniforme y coherente durante el proceso penal.

- b) De otro lado, resulta relevante la versión dada por Edison Rojas Clemente, de fojas dieciséis al dieciocho, quien señala que el inculcado es la persona que induce o comete el hecho delictivo, versión corroborada de la referencia del menor Julio Cesar Rojas Ponce de fojas diecinueve al veintidós y de la referencial del menor Jhon Clemente Rojas de fojas veintitrés al veinticinco a nivel de la etapa preliminar, quienes refieren de manera coherente que Edgar Rojas Cantalicio es quien coge (cogoteo) del cuello al agraviado, mientras que Edison Rojas Clemente es quien empieza a rebuscar los bolsillos al agraviado.
- c) Así también se tiene de la declaración instructiva de fojas cincuenta y ocho al cincuenta y nueve hecha por Edison Jacinto Rojas Clemente que fue su tío Edgar Rojas Cantalicio quien les insinuó a cometer el hecho delictivo; que la versión que da el agraviado tanto a nivel preliminar como la versión dada por los involucrados en el hecho delictivo son totalmente uniforme, guardan coherencia y solidez, versión que se encuentra

corroborado tanto de la manifestación a nivel preliminar como en la etapa instructiva, por lo que se cumple con los requisitos de la sindicación que se debe efectuar a fin de desvirtuar la presunción de inocencia conforme al Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, esto es, existe verosimilitud del relato fáctico que efectúa el agraviado Carlos Walter Orihuela Durán y la de los menores inmersos en el proceso, además únicamente persiste la incriminación con respecto al acusado Edgar Severiano Rojas Cantalicio como la persona que insinuó a la perpetración del ilícito; por otro lado, el agraviado no ha acreditado la pre existencia del dinero supuestamente sustraído en su agravio, conforme a lo previsto en el artículo 245° del Código Procesal Penal, que señala expresamente que en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse de la preexistencia de la cosa del delito.

- d) Por otro lado, el testigo Zenón Carrera Sesa, en su manifestación de fojas catorce al quince señala que en circunstancias que se encontraba en una cabina telefónica ubicado en el Jirón Mullembruck, al costado de la emisora Radio Oxapampa, le llamó su alumno Julio Cesar Rojas Ponce, alumno del Colegio Mariscal Castilla – Turno nocturno, quién le ofreció en venta un celular por la suma de sesenta nuevos soles solamente, como adelanto le ofreció en venta un celular por la suma de sesenta nuevos soles solamente, como adelanto le ofreció diez nuevos soles quedando para cancelarlo en la noche, siendo las trece horas con treinta minutos, asimismo, como en horas de la mañana visitó al agraviado en el Hospital Es Salud, pensó inmediatamente que dicho celular era producto del asalto que sufrió Carlos Orihuela, por lo que se constituyó a la casa de los padres del agraviado llevando el celular para mostrárselo si era del agraviado. Entonces coordino con los familiares del agraviado para que su persona en forma voluntaria entregara

dicho artefacto ante la autoridad policial; Siendo así, se tiene que se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le favorece al acusado presente, el mismo que exige para una mínima actividad probatoria, por lo que conforme aparece que el agraviado ha sufrido lesiones (véase reconocimiento médico de fojas treinta y cuatro), contradiciendo lo expuesto por el procesado Edgar Severiano Rojas Cantalicio en el sentido de que no admite haberle ocasionado dichas lesiones pero señala que se encontraba en estado de embriaguez, versión esta que no se encuentra corroborado con ningún medio probatorio.

DÉCIMO.- Que respecto al hecho imputado del cual se ha encontrado acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado, el Ministerio Público los ha calificado y subsumido en el artículo 188° tipo base y primer párrafo inciso 2,3, y 4 y segundo párrafo inciso 1 del artículo 189° del Código Penal, esto es, que el delito de robo agravado se ha producido, durante la noche, en lugar desolado, a mano armada y con el concurso de dos o más personas. Además, se ha causado lesiones a la integridad física de la víctima. Al respecto, conforme a los hechos acreditados y probados en el proceso, se tiene que el delito de robo agravado se ha producido cuando el agraviado Carlos Walter Orihuela Duran transitaba por el Puente de Chontabamba, siendo así, se tiene que si se encuentra acreditado que los hechos se han producido durante la noche- más de las once de la noche-, a mano armada, ya que el acusado Edgar Severiano Rojas Cantalicio agarró por la espalda (cogoteo) al agraviado, Edison Jacinto Rojas Clemente, procede a rebuscar sus bolsillos y quitarle todas sus pertenencias mientras que el menor Julio Cesar Rojas Ponce amenaza con el cuchillo procediendo a agredirlo con el puñal en la espalda conforme es de apreciarse del Reconocimiento Médico Legal de fecha tres de julio de dos mil nueve de fojas treinta y cuatro en la cual se señala contusiones de más o menos 5x4 centímetros a nivel dorsal posterior, con tres heridas cortantes de más o menos dos

centímetros, un centímetro y medio y un centímetro de diámetros suturados, presentando escoriaciones de más o menos dos centímetros de longitud en la pierna izquierda y rodilla izquierda, requiriendo (08x07) ocho días de tratamiento médico por siete días de descanso médico. Es decir, en el presente caso para la consumación del delito de robo se ha ejercido violencia contra la persona (agraviado), siendo esta una de las exigencias que el tipo penal prevé al respecto, pues la otra lo constituye la amenaza. En razón a ello resulta pertinente redundar como agravante considerando la lesión sufrida por el agraviado, pues con la violencia empleada el robo se ha consumado como tal, por lo que resulta inoficioso e innecesario el considerar como agravante la lesión sufrida máxime si las lesiones producidas alcanzan a constituir faltas contra la persona, esto es, que la magnitud de las lesiones no alcanza más de diez días y mucho menos de treinta días de asistencia facultativa o descanso para el trabajo (artículo 122 del Código Penal). Por lo que, el acusado presente debe ser sancionado por lo previsto en el artículo 188 tipo base y los incisos 2,3 y 4 del artículo 189° del Código Penal.”

A todo ello, es del caso también destacar que, como premisa normativa en la sentencia se consigna el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, empero, en relación al segundo tópico que trató, es decir, sobre los requisitos de validez de la declaración de la víctima del delito, cuando a su vez es la única testigo del delito, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual; así dicho instrumento estableció lo siguiente:

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se

adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

En cuanto a las consideraciones del Tribunal Superior, también es del caso tener en consideración el voto en singular (que en realidad sería en discordia) del Juez Superior Torres Gonzales, en cuanto considera que, en el caso concreto, contrario a la decisión en mayoría, cuyos fundamentos precedentemente se citaron, si se configuró la agravante cualificada del inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal, en virtud principalmente a los siguientes sustentos:

Segundo: En el presente caso el Reconocimiento Médico practicado al agraviado indica solo una incapacidad de ocho días, resultando que a primera vista podría inducirnos a que estamos frente a una falta y no a una lesión leve en cuanto no sobre pasaría los diez días de incapacidad; no obstante, a de analizarse y valorarse no solo las consecuencias de la lesión sino también otras circunstancias sobre la forma y modo en que ellas se producen, ya que el artículo 441° del

Código Penal, existen lesiones a pesar de no alcanzar los diez días no pueden ser consideradas como faltas, y ello se desprende de lo señalado en dicho artículo cuando se dice “**siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho cuyo caso será considerado como delito**”. La mencionada norma consecuentemente expone esta situación excepcional por la mayor afectación de la acción por parte del sujeto activo y en estos casos reiteramos que no es necesario que la lesión producida llegue a los diez días de incapacidad.

Tercero: Se incurre en error entonces al considerar como regla general de que todas las lesiones menores de diez días constituyen automáticamente faltas, puesto que el artículo 441° claramente discrimina estos casos según sea el medio empleado para ocasionar las lesiones. La interpretación sistemática consecuentemente desplaza a la interpretación puramente literal y aislada de la norma, ya que en el ordenamiento jurídico las normas que convergen y se unifican de manera armoniosa.

Cuarto: Que, es así, entonces que para el caso concreto el agraviado presenta tres heridas punzo cortantes suturadas de dos centímetros, centímetros y medio y un centímetro de diámetro ocasionadas con arma blanca y siendo así, aunque no hayan alcanzado los diez días de incapacidad, dada las características del instrumento con que fue lesionado el cual resulta peligroso, lo excluye a ser considerado simplemente como una falta. No es igual entonces ocasionar una incapacidad física a raíz de un golpe de puño o patada que hincar tres veces a una persona con un objeto con punta y filo cortante. El legislador ha dado un tratamiento diferenciado para estos casos y ello no puede dejar de observarse y siendo así al no poder ser encuadrada estas afectaciones como faltas entonces debe corresponderse como unas lesiones que fundamentan la circunstancia cualificada del inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189° del Código Penal, ya que no

pueden ser absorbidas dentro del contexto de la violencia que contiene el tipo base.”

Con respecto a los fundamentos de la sentencia, en el extremo de condenar al acusado Edgar Rojas Cantalicio, debe decirse, que esta carece del rigor y profundidad necesarios para considerarla debidamente fundamentada, ya que se advierte que la Sala Superior parte de verificar la declaración del agraviado en virtud a lo que establece el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, en su fundamento décimo; lo que evidencia que no se ha identificado ni delimitado correctamente la problemática de la actividad probatoria, pues, como se desprenden de los hechos, no se trata de un caso en el cual, el único testigo de los hechos haya sido el agraviado; de tal manera, que se encuentre justificado recurrir al segundo tópico que desarrolló el Acuerdo Plenario en mención junto con el de la declaración de un co imputado sobre un hecho de un co imputado; sino que los co participes del sentenciado venían declarando en su contra, por lo que, se trataba de verificar la validez esas declaraciones a partir, de los requisitos del primer tópico jurídico que desarrollo el pleno en mención y no así del segundo, que trata sobre la validez de la declaración de un agraviado cuando este a su vez es el único testigo, más aún, si sabido es que dicho extremo del pleno en mención, fue desarrollado para su aplicación sobre todo a los casos de violación sexual, donde es común que el único testigo de los hechos sea a su vez la propia víctima y no así como en el caso de la presente donde se trata de un delito contra el patrimonio.

Asimismo, resulta incongruente la afirmación de que la declaración del agraviado ha sido uniforme y persistente a lo largo del proceso, tal como se hace en la parte final del apartado a) del considerando noveno, pues, a nivel de la etapa instructiva en cuanto se llevó adelante la diligencia de inspección judicial, declaro que no recordaba lo que le había pasado la noche en que sufrió el asalto, porque se

encontraba completamente ebrio; mientras que a nivel de su declaración preliminar, declaró que las personas que lo asaltaron hicieron alarde del terrorismo, pero que él los ignoró, para después ser asaltado; siendo en esa declaración, no manifestó que reconoció a sus agresores. Por lo que, en modo alguno, a partir de la afirmación del agraviado, podría haberse dado por acreditada la responsabilidad penal del recurrente, pues, no ha sido uniforme, menos ha existido una imputación directa de la participación del recurrente en el asalto que sufrió.

De otro lado, si bien también se analiza las declaraciones de los co participes del recurrente, sin embargo, ello, porque se realizó teniendo como premisa, el segundo tópico que desarrollo el Pleno 2-2005/CJ-116, dicho análisis y valoración, también se constituye en un error, no solo porque se partió de una premisa jurídica que no se correspondía a la problemática que presentaban esas declaraciones, tal como se tiene indicado, sino porque en cuanto se analiza las declaraciones de los dos menores co participes del recurrente, Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce; así como, de su co imputado, Edison Rojas Clemente, solo se hace afirmaciones repitiendo lo que la fiscalía superior señaló en su acusación de qué es lo que realizó el imputado, Edgar Rojas Cantalicio; así, tal como se tiene del apartado b) del noveno considerando, se indica:

(...) resulta relevante la versión dada por Edison Rojas Clemente, (...) quien señala que el inculpado es la persona que induce a cometer el hecho delictivo, versión corroborada de la referencia de Julio Cesar Rojas Ponce (...) y de la referencial Jhon Clemente Rojas (...) a nivel preliminar, quienes refieren de manera coherente que Edgar Cantalicio es quien coge (cogoteo) del cuello al agraviado, mientras que Edison Rojas es quien empieza a rebuscar los bolsillos del agraviado.

d) Así también, se tiene de la declaración instructiva de (...) Edison Rojas Clemente, que fue su tío Edgar Rojas Cantalicio quien les insinuó a cometer el hecho delictivo (...).

Como se puede advertir, no solo es una repetición de lo que indica la Fiscalía Superior sobre la participación del recurrente, sino que además se incurre en inconsistencias, pues, no solo no queda claro qué es lo que hizo el recurrente, es decir, si instigó a sus co partícipes o participó en el asalto cogoteando al agraviado; sino tampoco queda claro, en base a qué versión de los hechos por parte de los partícipes es que se termina condenando al recurrente, Edgar Rojas Cantalicio o cómo es que se interpretaron esas declaraciones; de tal manera, que tenga un sentido lógico entre sí.

Asimismo, se omite detallar qué es lo que declaró cada uno de los co partícipes en sus manifestaciones aludidas, pues, solo se hace afirmaciones de lo que declararon y no así lo que ellos manifestaron, soslayando con ello, por ejemplo, que en realidad el co imputado Edison Jacinto Rojas Clemente a nivel de la Policía, no declaró que el imputado fue quien cogió del cuello al agraviado, sino que recién lo hizo en su instructiva. Además, que el menor Jhon Clemente Rojas, manifestó que si bien el imputado fue quien les insinuó para perpetrar el ilícito, fueron Edison Jacinto Rojas Clemente, Julio Cesar Rojas Ponce y el recurrente, quienes tumbaron al piso al agraviado. Es decir, que no señaló que solo el imputado haya sido quien cogoteo al agraviado o que haya existido un reparto de funciones para que sea el imputado quien redujera al agraviado y Edison Rojas Clemente, rebusque sus bolsillos, como lo hace ver la sentencia.

Por otro lado, también en la sentencia se ha omitido desarrollar sobre la configuración de los elementos del tipo penal de robo y robo agravado, con relación a las afirmaciones fácticas de los hechos que se tienen por probado; de tal modo, que se nos permita advertir, si en

efecto la conducta desplegada se subsume o no en el tipo penal objeto de incriminación; así como, en las agravante cualificadas que se le imputaron, pues, como se ha podido advertir solo se hace afirmaciones fácticas a partir de citar los medios de prueba.

Desde un plano del derecho a la debida motivación, podemos afirmar que la sentencia ha incurrido en motivación aparente, pues, esencialmente se recurre a citar actuados, pero no así a un análisis de ellos; lo que conllevó a que no se hayan expresado las razones que justifican la decisión. Incurriendo a su vez, en falta de justificación interna, en la medida en que, las premisas de las que partió no se corresponden con las conclusiones o afirmaciones que se realizan de las pruebas, pues, esencialmente se recurrió a la cita de actuados y no se verificó si en realidad se podía analizar los medios probatorios teniendo como punto de partida el segundo tópico del Acuerdo Plenario N 2-2005/CJ-116.

#### **2.6.5.- De las Consideraciones del Abogado Defensor del Recurrente Edgar Severiano Rojas Cantalicio**

Las consideraciones respecto a la defensa del recurrente, que al final terminó siendo absuelto, se tiene que se concentra en el recurso de nulidad (apelación) que interpuso contra la sentencia prologada en autos en contra de su defendido y en donde se le condenó por el delito de robo agravado a diez años de pena privativa de la libertad. En dicho recurso, que corre a folios trescientos cincuenta y dos de la presente, el letrado Wilfredo Camarena Poves, actuando como abogado defensor de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, en el primer fundamento de la apelación se resaltan las incongruencias que presentaría la sentencia en cuanto, a su decir, en la sentencia se afirma que el agraviado no habría indicado que cuando fue asaltado se encontraba de camino a su domicilio, asimismo, se resalta que la amenaza que se dice en la sentencia que el agraviado sufrió con el arma blanca, no se encuentra acreditada, tampoco así que el

sentenciado haya actuado en calidad de cabecilla de una banda. Lo mismo se dice, en cuanto en la sentencia se habría afirmado que el asalto fue producto de que los procesados se quedaron sin dinero para seguir libando licor y que por ello deciden asaltar personas, así como que se hicieron de un arma blanca de la casa de Jhon Clemente Rojas, pero que ello no se encuentra acreditado.

En un segundo párrafo se dice que no se ha verificado el animus del tipo penal, puesto que han venido alegando que se encontraba ebrio. En un cuarto párrafo se resalta que la declaración del imputado ha sido coherente y persistente en que los días veintiocho y veintinueve de junio del dos mil nueve, por la fiesta patronal de Chontabamba, ha consumido una gran cantidad de alcohol, por lo que no podría reconocer el animus de conciencia.

A partir de su fundamento quinto se concentra en analizar lo que el menor Julio Cesar Rojas Ponce habría declarado en cuanto lo señala como la persona que agarró del cuello al agraviado y lo tumbó al suelo, donde le habría propinado lesiones, pero que ello a decir del abogado recurrente, sería contradictoria, porque no explica cómo habiéndolo cogido del cuello y tumbado, también le pudo ocasionar lesiones. En igual sentido cuestiona la declaración del otro menor Jhon Clemente Rojas, en cuanto la síndica contradictoria a la de Julio Cesar Rojas Ponce, en cuanto Jhon Clemente señala que quienes cogieron del cuello al agraviado son Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas Cantalicio, y que Edison Rojas sería quien le quita su celular de su bolsillo, resaltando en igual sentido la declaración de Edison Rojas Clemente en cuanto señala que Edgar Rojas Cantalicio les dijo “hay que cagarlo a este huevón para recuperar el auto radio entonces su persona juntamente con Julio Rojas Ponce CORRIMOS HACIA LA PERSONA DESCONIDA, JULIO LO EMPUJA Y SE CAE AL SUELO Y LO SJETA MIENTRAS YO LE COMENSE A BUCAR LOS BOLSILLOS, SUSTRAYENDO SU CELULAR, LUEGO CORRÍ

HACIA EL PUENTE” (sic). De todo lo cual concluye que las declaraciones incriminatorias en contra del imputado serían contradictorias entre sí, que ninguna de ellas coincide en decir la verdad de los hechos, porque lo sindican que los indujo a cometer el delito, mientras otro dice que cogió del cuello al inculpado y otro que le ayudó a cometer el delito, resaltando por ello que no existe relación de causalidad para acreditar la autoría de su patrocinado.

En este punto, debe indicarse, que si bien es clara la intención de la defensa de resaltar las contradicciones en las que habrían incurrido las declaraciones de los co procesados del recurrente, sin embargo, en esta parte que es el fundamento cuarto del escrito de apelación, se procede a transcribir todas las declaraciones sin hacer el detalle del caso en qué extremo serían contradictorias, porque al final de su exposición de las declaraciones solo menciona que uno le acusa de coger del cuello solo al agraviado, otro lo sindicca de haberlo instigado y otro que actuó junto con otros para proceder al asalto, lo que en puridad no viene a explicar en qué se contradicen las declaraciones y quien se contradice de quien.

En la parte final de ese cuarto punto de la apelación, se resalta que el procesado estaba ebrio al momento de los hechos y que ello habría sido advertido por sus co imputados; con tal fin, se incide en los grados de alcohol y sus efectos en el organismo, es decir, que no habría tenido conocimiento de lo que hacía. Empero, este argumento no se ve reforzado con la prueba de alcoholemia, de tal manera que el hecho de ser resaltado tan enfáticamente pierde contundencia; y si bien se hace referencia a una declaración jurada que habría prestado la persona del padre de Jhon Clemente, Teodoro Teofilo Clemente Arias, en donde señala que vio al procesado en completo estado de ebriedad el día veintiocho y veintinueve de junio del dos mil nueve, sin embargo, este hecho tampoco puede considerarse como prueba propiamente, ya que esta no puede ser equiparada a una declaración

testimonial, por no haber sido desplegada frente al Juez y asegurando el contradictorio sobre lo que el testigo dice. Por lo que, tampoco ese argumento podría ser tenido como prueba de que en realidad el procesado en realidad se encontraba ebrio a tal punto de no darse cuenta de su proceder, tal como afirma su defensa.

A partir del punto seis de la apelación se concentran en las contradicciones en que habría incurrido la declaración del agraviado, indicando que en un primer momento dijo que seis sujetos lo habían atacado, que después dijo cuatro y que finalmente dijo que no se recordaba porque estaba ebrio, lo que no habría sido advertido en la sentencia.

En el punto siete de la apelación se vuelve a reiterar que no se encuentra acreditado que el agraviado haya sido amenazado con un cuchillo, porque el agraviado no lo indicó en ese sentido por la oscuridad del lugar, incidiendo en esa parte que el agraviado en su manifestación declaró que después de ser asaltado se percató que habría sufrido lesiones en la espalda. Además de ello, en la parte final de ese punto se resalta que el agraviado Carlos Walter Orihuela Duran, vía declaración jurada manifiesta “Que la persona de Edgar Rojas Cantalicio no me tomó del cuello y no me agredió físicamente. Lo que me ocasionaron las lesiones fueron los menores Julio Cesar Rojas Ponce”. Respecto a dicho punto, cabe decir, que el primer punto es uno fuerte de la apelación y se expone de manera lógica, ya que en efecto no podría haberse afirmado que el agraviado haya sido amenazado con arma alguna, porque este en su relato incriminatorio no señala tal hecho, es más en su declaración solo después de indicar que estaba huyendo, resalta que se dio cuenta de las lesiones que presenta. No obstante lo antes indicado, tal como dijéramos precedentemente, la declaración jurada no puede ser considerada como prueba propiamente dicha, de tal manera que la indicada instrumental que habría prestado el agraviado no podría servir como

sustento para tener por válido que en efecto el imputado no fue quien le cogió del cuello y lo agredió físicamente, más aún, si en sus declaraciones, sobre todo iniciales, el agraviado no ha señalado qué persona le hizo qué, puesto que solo ha manifestado en un primer momento que lo asaltaron cuatro sujetos y después seis personas. Por lo que, esa declaración jurada que se resalta viene a incurrir en contradicción y devela que fue hecha de favor.

En el punto ocho de la apelación se vuelve a reiterar que el procesado estaba en estado de inconsciencia producto del alcohol que ingirió los días de aniversario y cuando se perpetró el asalto.

De otro lado, en el punto nueve del recurso se señala que el Atestado no sería prueba, porque no habría participado el Ministerio Público, ya que no se señala que este hubiera hecho alguna pregunta a los interrogados en esa etapa. En ese mismo sentido, en esta parte se señala que las afirmaciones realizadas en el Atestado sobre que el imputado y sus co investigados pertenecerían a una Banda “Los Chacalones” y que también habrían robado a un Colegio de Tsachopen, porque ahí tiene un domicilio el recurrente, son propias de la Policía y lo que develaría que en realidad el Ministerio Público no participó de las diligencias que contiene el Atestado. Resalta además que la Policía ha mandado a realizar una publicación de los hechos en el sentido expuesto en el Atestado, con lo que habría mancillado la dignidad del recurrente.

Por otro lado, a partir del punto nueve de su apelación el abogado del recurrente se concentra realizar cuestionamientos de orden jurídico al contenido del Atestado Policial, indicando para tal efecto que la doctrina como la expuesta por Cesar San Martín Castro en su Libro del Código Procesal Penal, consideran que las diligencias que contiene el Atestado Policial no es prueba, ya que no cumplen con los requisitos de inmediación y contradicción, de tal manera que el

Colegiado, según su afirmación, no podría haber advertido las declaraciones que contiene el Atestado.

Luego de ello en el punto doce del recurso de nulidad, el abogado de la defensa del imputado, reitera el por qué no puede ser valoradas en contra del recurrente las pruebas desplegadas en autos, destacando que las declaraciones vertidas por los co imputados habrían sido para evitar su responsabilidad. Todo lo cual, a modo de conclusión indica que se habría configurado duda respecto a la responsabilidad penal del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio. A todo ello, indica que agrega a su escrito un artículo de Javier Villa Stein sobre autoría y participación, resaltando finalmente que en el proceso no se habría cumplido con el Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116, en tanto no se habría cumplido con acreditar que el procesado sea cabecilla de una Banda de delincuentes.

En relación al abogado de la defensa, cabe concluir, que si bien es cierto es clara su estrategia de defensa de que su patrocinado no podría ser considerado responsable porque se encontraba en completo estado de ebriedad en cuanto se desplegó el asalto materia de proceso, sin embargo, la redacción de su recurso de nulidad no es dúctil para ser leído y digerido por ende por el entendimiento, toda vez que se presenta el recurso en grandes párrafos, que no presentan orden de ideas, de tal manera que una te lleve a otra, sino que las ideas se presentan aisladas unas de otras, recurriendo más a la transcripción que a la exposición de conclusiones en sentido contrario a lo resuelto, lo que también se advierte en cuanto en la parte final se recurre a hacer referencia a un texto del Vocal Supremo Villa Stein, sobre autoría y participación, sin embargo, no indica en qué extremo este tiene relación con los hechos que expone, ya que este texto trata sobre autoría y participación y no así sobre responsabilidad o irresponsabilidad en un caso concreto, lo que se correspondería más a un texto académico y abstracto sobre la autoría y participación en el

derecho penal. Lo que igualmente se advierte en cuanto el recurso de nulidad en su parte final se recurre a un Acuerdo Plenario sobre acusación fiscal, cuando ya esa etapa había pasado y no cabría hacer alegación alguna sobre la acusación, más aún, que en su oportunidad se corrió el traslado de la acusación y no realizó observación alguna a los hechos que la Fiscalía tenía por probados.

#### **2.6.6.- Consideraciones de los Votos Emitidos por la Corte Suprema**

En este punto cabe hacer un análisis separado de cada voto que contiene el Recurso de Nulidad N° 1722-2013, puesto que como ha quedado establecido se ha presentado discordia a nivel de la Suprema en cuanto a su resolución.

##### **A. Voto de los Señores Jueces Supremos Villa Stein, Neyra Flores y Morales Parraguez**

En este voto, que opinó por declaración de nulidad de la sentencia y absolución del imputado recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, esencialmente se sustenta en los siguientes fundamentos:

#### TERCERO:

3.1. El proceso penal se establece con el propósito de comprobar la existencia de un hecho punible y la responsabilidad de un imputado, por ello la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o en su caso si se ha realizado en una forma comprobada; en virtud de ello, será la prueba la que busque la verdad, y persiga tener un conocimiento completo de los hechos sobre los cuales deberá aplicarse una norma jurídica; con lo cual también se busca enervar la presunción de inocencia que ampara al justiciable, a tenor del artículo ocho punto dos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículos segundo, numeral veinticuatro, literal e, de la Constitución

Política del Perú. En consecuencia, la sentencia condenatoria sólo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan.

3.2. Instaurando el proceso penal, el juzgador debe analizar si la prueba es suficiente, pertinente, abundante, conducente, útil e idónea, a fin de permitir la creación de la verdad jurídica y el establecimiento de manera fehaciente e indubitable de la comisión del delito y la responsabilidad del autor, por ello la valoración de la prueba que sirva para una condena debe hacerse respecto de la prueba inculpativa efectuada en juicio oral y no de aquella actuada a nivel preliminar, en este sentido Juan Facundo GomezUrso, señala, “si el Fiscal – hipotéticamente—pudiera producir la prueba del “plenario” y entregársela luego por escrito al juez se trataría simplemente de una reproducción, reedición o réplica de la etapa de instrucción y, de nuevo, el juez decidiría sobre la base a constancias que se le acercan ya elaboradas, sin juicio ni plenario.”

3.3. En el presente caso se atribuye al recurrente el delito de robo agravado previsto por artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal. Para poder imputar éste ilícito, debe acreditarse cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal, en ese sentido, corresponde probarse que el sujeto activo, dentro de las circunstancias especiales, empleando la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física sustrajo los bienes del agraviado – en este caso el celular y el dinero, mediante el apoderamiento, o contribuyó a su realización.

3.4. De la revisión de autos se advierte que no existe prueba suficiente que acredite la imputación efectuada contra el

sentenciado, por cuanto la sentencia recurrida sustentó que constituiría pruebas de cargo contra el recurrente, la sindicación realizada por su coacusado Edison Jacinto Rojas Clemente y los menores J.C.R.P. y J.C.R. – testigos impropios en el presente caso— , de haberlos inducido a perpetrar el hecho de haber participado conjuntamente en su realización, sin embargo, al someterse las delaciones a la luz del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, que establece reglas de valoración de las declaraciones de los coimputados y testigos, si bien no se observa relaciones basadas en odio, resentimiento, enemistad, u otras que puedan incidir en la parcialidad de su declaración o le nieguen aptitud de certeza, sus declaraciones brindadas a nivel preliminar y en esta etapa instructiva carecen de coherencia y solidez, en torno a cómo sucedieron los hechos, y al grado de intervención del recurrente, ya que en las manifestaciones de su sobrino Edison Jacinto Rojas Clemente – véase fojas dieciséis y cincuenta y ocho—, a nivel preliminar dijo que el sentenciado lo indujo a dar lugar al ilícito, pero quién ejerció violencia sobre el agraviado fue el menor J.C.R.P., para luego, a nivel instructivo declarar que el sentenciado fue el que lo cogió por la espalda; asimismo, en las declaraciones referenciales de los menores de edad brindadas a nivel preliminar con las garantías de ley, el menor de iniciales J.C.R.P. precisó que ante la aparición del agraviado, fue Edgar Severiano Rojas Cantalicio, quien lo agarró por el cuello y lo tumbó indicando que a su parecer ésta misma persona ocasionó lesiones por la espalda al agraviado, mientras que el menor de iniciales J.C.R., precisa que la insinuación provino del recurrente, pero quién cogió del cuello al agraviado fueron Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas, tumbándolo al piso, señalando adicionalmente que fue él quien entregó a J.C.R.P., un cuchillo, con el cual ocasionó lesiones al agraviado; de igual modo, bajo el criterio de verosimilitud los relatos incriminadores,

no se muestran corroboradas por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia, aún de carácter periférico que las consolide.

3.5. El análisis efectuado previamente, cobra relevancia sumado a la inexistencia de versión inculpativa, uniforme y coherente en contra del recurrente por parte del agraviado, quien en su declaración de fojas once, de nivel preliminar, ratificada a nivel judicial a fojas ciento cinco, ha indicado que por lo desolado y oscuro del lugar donde se perpetró el ilícito en su contra no pudo reconocer a los sujetos que los agraviaron; precisando que recuperó su celular debido a que el señor Zenon Carrera Sesa, se lo devolvió indicándole que le fue vendido por su alumno el menor de iniciales J.C.R.P; y la declaración uniforme de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, en la cual sostiene no haber participado en el ilícito, aludiendo se encontraba el citado día en estado de ebriedad. La afirmación sostenida por el agraviado de no haber podido identificar a los sujetos que actuaron en su contra, se ve consolidada con la diligencia de reconstrucción, donde se deja constancia que no se pudo llevar a cabo encontrado ambos en estado de ebriedad- véase fojas ciento treinta y dos- ciento treinta y tres.

3.6. Ante lo expuesto, no causando convicción la prueba directa en contra del recurrente, corresponde determinar si se establece la responsabilidad del recurrente mediante prueba indirecta, o llamada con más frecuencia prueba indiciaria, la cual toma los hechos en la realidad (que están debidamente verificados) llamado cierto “hecho base” y sobre la base de ellos, a través de una inferencia lógica, llegar a establecer el hecho delictivo se efectivizó, no obrando en autos indicios probados, plurales, concomitantes, e interrelacionados, que puedan trascender una mera sospecha de la conducta del recurrente vinculándolo con

el hecho. En consecuencia, no habiéndose desvirtuado la Presunción de Inocencia que consagra a favor de toda persona, el artículo segundo inciso vigésimo cuarto, párrafo “e” de la Constitución Política del Estado, procede absolver al acusado. En cuanto a los argumentos expuestos por el Representante del Ministerio Público, carece de objeto pronunciarse al respecto, habiendo expuesto los considerandos que sustentan la decisión.

Analizando los sustentos antes esgrimidos, podemos afirmar que desde sus premisas iniciales se advierte que la decisión en mayoría, toma en cuenta conceptos sobre la prueba propios del ordenamiento procesal penal de 2004, pues, se considera que el fin de la instauración del proceso es la verdad jurídica y no así la verdad histórica, que en el Código de Procedimientos Penales de 1940 se consideraba como la finalidad de la instauración del proceso penal. Lo anterior se encuentra reforzado, con el hecho de que en ese mismo fundamento de la sentencia se dice, que la valoración de la prueba que sirva para una condena debe hacerse de la prueba actuada en el juicio oral y no así a partir de la prueba actuada a nivel preliminar, pues, sería un ejercicio de repetición de lo que actúa el Fiscal por parte del Juez. Lo que claramente se contradice con la valoración de la prueba que el Código de Procedimientos Penales establecía, ya que, tal como se establece en su artículo 72° “Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos de juzgamiento.” Por su parte, en el caso del Código Procesal Penal, en el inciso 1 del artículo 393° se estableció: “El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.” Por lo que, sí se corrobora que el voto en mayoría, sí se toma en consideración

conceptos jurídicos que inspiran al Código Procesal Penal y no así al Código de Procedimientos Penales.

Ahora bien, con relación a la valoración de los medios probatorios en sí, debemos decir, que a primera consideración la decisión en mayoría incurre en contradicción, pues, por un lado consigna como una de sus premisas, que no pueden valorarse actuaciones que no hayan sido desplegadas a nivel del juicio oral; sin embargo, termina valorando las declaraciones policiales que se lograron recabar de las otras personas los que, junto con el imputado, habrían cometido la comisión del delito de robo agravado en agravio de, Carlos Walter Orihuela Durand. No obstante, debe indicarse que estas pruebas fueron introducidas al juzgamiento por la lectura de piezas procesales, tal como se tiene de la segunda sesión de juicio oral, lo que se aplicó en virtud al artículo 262° del Código de Procedimientos Penales, en tanto aquella prescribe:

#### **Artículo 262.- Oralización de la prueba instrumental**

1. Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental. La oralización comprende la lectura o, en su caso, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

Lo que, en el Código de Procedimientos, era inevitable de realizarse, no solo porque la escrituralidad era uno de sus principios fundamentales sino también porque se establecía como una etapa ineludible a cumplir en el Juzgamiento; por lo que, esa es la razón por la cual, se ingresa a valorar esas actuaciones, pues, se asume que, sí formaron parte del juzgamiento: y, por lo tanto, es válida su valoración.

En ese orden, cuando ya se ingresa al análisis en sí de las declaraciones de los co partícipes del recurrente, a partir del apartado 3.2 de la sentencia en mayoría se dice, que no se verifica que la delación de esas personas hayan sido producto de odio, resentimiento, enemistad u otras circunstancias que puedan incidir en sus manifestaciones. Es decir, se descarta que se haya presentado el presupuesto de la perspectiva subjetiva que el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, ha previsto como el primer requisito para evaluar la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado. Sin embargo, no se explica por qué se considera que esa circunstancia está presente en el caso de las declaraciones en mención. Por lo que, en este extremo consideramos que el voto en mayoría ha incurrido en motivación aparente, porque no se da cuenta de las razones del por qué se considera que esas declaraciones no presentan esas características.

Seguidamente se ingresa a analizar las declaraciones bajo la perspectiva del tercer requisito del Acuerdo Plenario en mención, es decir, la coherencia y solidez del relato del co imputado sobre la participación de su co imputado; indicándose, que de la delación de los co investigados del recurrente, no se advierte cómo sucedieron los hechos y el grado de participación de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, en tanto, Edison Jacinto Rojas Clemente, en su declaración preliminar, declaró que el recurrente le indujo a cometer el delito; sin embargo, a nivel de la instrucción declaró, que fue el sentenciado recurrente quien cogió por la espalda al agraviado.

Asimismo se señala, que el menor Julio Cesar Rojas Ponce, en su declaración policial manifestó, que el recurrente fue quien agarró por el cuello y tumbó al agraviado, precisando, que fue quien le habría causado las lesiones que presenta el

mencionado; mientras que el otro menor que también participó en los hechos, esto es, Jhon Clemente Rojas manifestó a nivel preliminar, que el recurrente les insinúo para agredir al agraviado y fue quien junto con Edison Rojas y Julio Rojas, tumbaron al agraviado al piso para asaltarlo.

Por lo que, en la sentencia se afirma, que las versiones de los co partícipes del recurrente son incoherentes. Es decir, no cumplirían con el requisito de coherencia y solidez que el Acuerdo Plenario en mención ha establecido.

Al respecto de esos extremos, a nuestra consideración, no se justifica en qué extremo serían incoherentes esas declaraciones, lo que es vital para efectos de afirmar que una actuación es contradictoria; siendo así, en este extremo podemos afirmar que se incurre en una motivación insuficiente, pues, no se dan todas las razones que tienen relación con la situación jurídica analizada. No obstante, estimamos que al parecer la decisión en mayoría concluye que las declaraciones de los co partícipes del recurrente presentan contradicciones en sí mismas y entre ellas; por cuanto, revisada la declaración policial (folios 16) que prestó, Edison Rojas Clemente, en su condición de co imputado del recurrente, se tiene que declaró:

(...) mi tío Edgar Rojas Cantalicio, nos dijo hay que cagarlo a este huevon para recuperar algo del auto radio”. Entonces mi persona juntamente Julio Rojas Ponce, corrimos hacia la persona desconocida, Julio lo empuja y se cae al suelo y lo sujetaba, mientras yo le comencé a rebuscar los bolsillos, sustrayéndole su celular, luego corri hacia el puente dejando a mi tío Edgar Rojas Cantalicio, Jhon Clemente Rojas y Julio Rojas Ponce en el lugar de los hechos.

En dicha declaración, ante la pregunta de la Policía sobre si alguno de sus co participes portaba un arma punzo cortante, señaló: “que Julio Cesar Rojas Ponce era quien portaba un cuchillo”.

El mismo co imputado en mención a nivel de la instrucción (folios 58), manifestó:

(...) por insinuación de mi co procesado mi tío Edgar Rojas Cantalicio, optamos por asaltar al agraviado Carlos Orihuela Duran, a quien le hemos sustraído su celular y quitarle su dinero para continuar libando licor, hecho ocurrido aproximadamente a las veintitrés horas con treinta, pues Edgar Cantalicio Rojas lo agarra por la espalda al agraviado, el instruyente le busca el bolsillo y le quita sus pertenencias al agraviado, mientras que Julio Cesar Rojas Ponce amenaza con un cuchillo quien le mete puñadas en la espalda y después de robarle lo dejamos abandonado.

Actuados de los cuales, en efecto, se advierte que existe contradicción entre las declaraciones que brindó el co imputado del recurrente en esas dos etapas; pues, Edison Rojas Clemente, en su declaración policial señaló que el recurrente les insinuyó para asaltar al agraviado y que fue él con Julio Cesar Rojas Ponce, los que redujeron y quitaron sus pertenencias al agraviado; sin embargo, a nivel de la instrucción, manifestó que además de insinuarles para cometer el delito el recurrente fue quien atacó al agraviado agarrándolo por la espalda. Es decir, se afirma y se niega a la misma vez que el recurrente haya sido uno de los que participó en la agresión que en sí sufrió el agraviado; y, por ende, reafirmamos que dicha declaración es contradictoria en sí misma.

Con relación a la declaración de los menores co partícipes del hecho incriminado, se dice que aquellas fueron prestadas con las garantías de ley, en donde, a nivel preliminar Julio Cesar Rojas Ponce, manifestó: “(...) que, ante la aparición del agraviado, fue Edgar Severiano Rojas Cantalicio, quien lo agarró por el cuello y lo tumbó indicando que al parecer esta misma persona ocasionó lesiones por la espalda al agraviado”.

Asimismo, ocupándose de la declaración del otro menor que también participó en los hechos, Jhon Clemente Rojas, se indica, que a nivel preliminar manifestó:

(...) que la insinuación provino del recurrente, pero quién cogió del cuello al agraviado fueron Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas, tumbándolo al piso, señalando adicionalmente que fue él quien entregó a Julio Cesar Rojas Ponce, un cuchillo con el cual ocasionó las lesiones al agraviado.

Sin embargo, al margen de la cita de actuados y afirmar que ellas son incoherentes, en la decisión objeto de análisis, no se expresa una motivación sobre por qué esas delaciones de los menores en mención son incongruentes, pues, en modo alguno se indica, en qué sentido esas actuaciones son contradictorias o inconsistentes. Por lo que, tal como se procediera con la declaración del co imputado del recurrente, es necesario reparar en esas declaraciones de los menores en mención a fin de advertir, si en efecto presentan incoherencias.

En ese orden se tiene la declaración a nivel policial de Julio Cesar Rojas Ponce, quien, a nivel policial, a folios 19, manifestó:

Edgar Rojas Cantalicio le cogió del cuello y lo tumbó al suelo y Edison Rojas Clemente empezó a rebuscarle sus bolsillos y

demás prendas del agraviado, asimismo, Jhon Clemente Rojas estaba de campana un poco más arriba (...) yo estaba viendo lo que estaban haciendo y cuando empezaron a correr (...) empecé a correr (...).

Agregando al respecto, indica, “que Edgar Rojas Cantalicio le habrá metido cuchillo porque era la persona que lo tenía agarrado del cuello.”

Por otro lado, Jhon Clemente Rojas a nivel policial, folios 24, manifestó:

(...) que, su tío Edgar Rojas, nos indicó cagarlo ya que sería dicha persona que había robado mi auto radio, llegando cogerlo del cuello mi primo Edison Rojas, Julio Rojas y Edgar Rojas Cantalicio, llegando a tumbarlo al piso en donde mi primo llegó a sacarle un celular de su bolsillo, (...) mi persona se limitó en sacarlo del lugar al sujeto.

Agregando sobre las lesiones que presenta el agraviado refiere, “(...) que antes del robo sacó un cuchillo y lo entregó a Julio Rojas Ponce, (...) Julio Rojas le causó las lesiones en el cuerpo.”

Estando a esas actuaciones y a lo afirmado sobre ellas en el voto en mayoría, podemos indicar que, en la declaración de Julio Cesar Rojas Ponce, si bien el recurrente Edgar Rojas Cantalicio interviene al agraviado junto con Edison Rojas Clemente y Jhon Clemente Rojas, sin embargo, de esos tres, él es el único que redujo al agraviado y lo lesiona; pues, Edison Rojas Clemente, le rebusca los bolsillos, y Jhon Clemente Rojas hace de campana. No obstante, en la declaración de Jhon Clemente Rojas, si bien también señala que fueron tres los que atacaron al agraviado, esto es, Edgar Rojas Cantalicio, Julio Cesar Rojas

Ponce y Edison Rojas Clemente; sin embargo, precisa que en conjunto fueron los que tiraron al piso al agraviado y que fue, Julio Cesar Rojas Ponce, fue quien lo lesionó con el cuchillo. Esto es, en una versión el recurrente de un grupo de tres, es el único que reduce al agraviado y lo lesiona con un cuchillo; mientras los otros dos le quitan sus cosas. Sin embargo, en una segunda versión, es quien conjuntamente con otros dos, los que a la vez atacan al agraviado y quitan sus cosas en conjunto; mientras uno de ellos, que no es el recurrente, es quien lo lesiona con el cuchillo. Es decir, en una declaración el impugnante prácticamente solo reduce y lesiona al agraviado; mientras que en otro, son tres los que lo reducen y uno de ellos, que no es el mencionado, el que lo lesiona. Siendo el caso de destacar que, en ambos relatos de esos dos menores, su participación es la solamente mirar que hacen sus otros tres acompañantes.

Dichas declaraciones, son igualmente contradictorias con las declaraciones del co imputado, Edison Rojas Clemente, pues, de este último en el caso de su declaración policial declaró, que el recurrente solo se limitó a insinuarles para que cometieran el delito, precisando que quienes participaron en la agresión y asalto que en sí sufrió el agraviado fueron él y Julio Cesar Rojas Ponce; sin embargo, en su declaración instructiva, Edison Rojas Clemente, manifestó que el imputado además de insinuarles para cometer el delito, fue quien atacó al agraviado agarrándolo por la espalda. Lo que también resulta contradictorio, pues, Jhon Clemente Rojas a nivel policial manifestó, que fueron Edison Rojas Clemente, Edgar Rojas Cantalicio y Julio Cesar Rojas Ponce los que agredieron a la misma vez al agraviado, omitiendo dar mayor detalle de cómo fue el ataque que en sí padeció el agraviado; lo que termina haciendo la versión de los hechos por parte del co imputado, Edison Rojas Clemente, ambigua e

inconsistente; en tanto, no puede ser validada con otra actuación, si la actuación con la que se pretende corroborarla, como es la declaración de Jhon Clemente Rojas, no describe cómo participó el recurrente en el asalto que sufrió el agraviado.

En cuanto a las versiones de Edison Rojas Clemente con la declaración policial de Julio Cesar Rojas Ponce, se tiene que el primero a nivel policial declaró, que el recurrente se limitó a insinuarles que asaltaran al agraviado; mientras que el primero de los mencionados a nivel policial declaró, que fue el recurrente quien cogió del cuello y tumbo al suelo al agraviado y Edison Rojas Clemente fue quien rebuscaba en sus bolsillos. Por lo que, se contradicen sobre si el recurrente, Edgar Rojas Cantalicio agredió o no al agraviado o solo se limitó a realizarle insinuaciones para cometer el robo. Y si bien es cierto, la declaración policial de Julio Cesar Rojas Ponce, sería coincidente con la declaración instructiva de Edison Rojas Clemente, en la medida en que ambos coinciden en que fue el recurrente, Edgar Rojas Cantalicio, quien redujo al agraviado; mientras Edison Rojas Clemente era quien rebuscaba sus bolsillos y le quitaba sus pertenencias. Sin embargo, esa coincidencia, por si sola, no es suficiente como para sustentar una sentencia condenatoria, no solo porque precedentemente a nivel policial, Edison Rojas Clemente declaró que el recurrente no participó en la agresión y asalto que en sí sufrió el agraviado y que fueron él y Julio Cesar Rojas Ponce quienes lo hicieron; sino también porque, Julio Cesar Rojas Ponce, en forma alguna en su declaración policial admite su participación en los hechos, pues, declara que solo estaba mirando cuando sus co participes atacaban al agraviado, pese a que Edison Rojas Clemente y Jhon Clemente Rojas, en cuanto declararon manifestaron, que él era quien portaba un cuchillo y que fue quien lesionó al agraviado. Por lo que, la versión del co imputado del recurrente,

esto es, de Edison Rojas Clemente, a nivel de la instrucción, aun así, coincide con la del menor Julio Cesar Rojas Ponce, también es insuficiente.

Finalmente, para concluir con el análisis de las declaraciones de los co partícipes del recurrente, en la última parte del considerando 3.4 se dice, que dichas declaraciones, bajo un criterio de verosimilitud, no se encuentran corroboradas por otras actuaciones; para posteriormente en el considerando 3.5 argumentar, que:

(...) no existe versión incriminatoria persistente y coherente de parte del agraviado, pues, a nivel policial declaró que por lo oscuro y alejado del lugar donde fue asaltado, no pudo identificar a sus agresores y en la etapa de instrucción, en la diligencia de reconstrucción manifestó, que no recordaba nada porque estaba demasiado ebrio cuando fue asaltado.

Al respecto de esa consideración, revisada la declaración preliminar del agraviado, Carlos Walter Orihuela Duran, la misma que obra a folios once, se tiene que declaró: “que la zona donde le robaron es desolado y oscuro, (...) pero es difícil reconocerlos por la oscuridad que no se podía ver y eso aprovecharon los asaltantes.” Siendo el caso precisar que, si bien el agraviado en mención prestó su declaración preventiva a folios ciento cinco, sin embargo, en esa etapa con relación a cómo sucedieron los hechos del robo que padeció, solo manifiesta que se ratifica con su declaración preliminar. Asimismo, en cuanto se le interroga sobre si puede precisar las circunstancias en que sufrió el asalto que denunció, manifestó que reconocía a los agresores que son los co imputados y los menores infractores. Es decir, se ratifica que no pudo reconocer a sus agresores, pues, eso fue lo que declaró a nivel de la

Policía, para después declarar que sus agresores fueron las personas de los inculpados y menores infractores.

Siendo el caso destacar, que finalmente a nivel de esa misma etapa, en cuanto se llevó adelante la diligencia de inspección judicial y reconstrucción, que obra a folios ciento treinta obras, el agraviado manifiesta que “no recuerda nada porque estaba ebrio, borracho”.

Por lo que, estando a todas esas imprecisiones de parte del agraviado sobre las personas que lo agredieron, se tiene que, en efecto, las declaraciones de quienes serían los co participes del recurrente, no se podrían considerar como corroboradas con esa actuación. Es decir, que tampoco esas declaraciones presentan el requisito de la perspectiva objetiva, que el Acuerdo Plenario en mención ha establecido también como presupuesto para la determinación de la validez de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, pues, no se puede tener por corroboradas las delaciones de los co participes del recurrente, con esa versión del agraviado carente de precisiones e inclusive resulta ser incoherente.

Siguiendo con el análisis del voto en mayoría, se tiene que en el considerando 3.6 se arguye, que tampoco en el caso se ha presentado prueba indiciaria que sirva para corroborar la incriminación que se le hace al recurrente. Al respecto, también consideramos que ello en efecto acaeció, pues, más allá de las declaraciones de quienes se dicen fueron los co participes del recurrente, así como la delación del agraviado, no se han desplegado otras actuaciones a nivel de la instrucción, pese a que inclusive el plazo de la instrucción sobrepasó el plazo permitido por ley.

Todo lo cual, aunado a las contradicciones de esas manifestaciones de los co implicados del recurrente, se advierte que, más allá de que se pueda admitir que Edgar Rojas Cantilicio, sí se encontraba al momento del asalto, no se ha podido evidenciar de manera directa o indirecta, sí aquel participó o no en ese hecho y si fue así, cuál fue su grado de intervención.

Siendo el caso el precisar, que, en el caso del Nuevo Código Procesal Penal, si bien es cierto se sigue regulando sobre la lectura de piezas a nivel de juzgamiento; sin embargo, ello lo es sólo en casos excepcionales y no así como una regla de ineludible cumplimiento en todo juzgamiento; tal como se desprende del artículo 383 de ese cuerpo de normas.

B. Voto de los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana y Barrios Alvarado

Sobre el voto en minoría de los señores jueces en mención, por el cual se opina por la confirmación de la declaración de responsabilidad penal del recurrente y a su vez que la pena se incremente de diez a catorce años, se tiene los fundamentos siguientes:

PRIMERO: Que, la doctrina procesal objetivamente considera que los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza sobre de la responsabilidad penal del encausado, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, que permita crear en él tal convicción de culpabilidad, sin la cual no sea posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo procesado; ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la

culpabilidad del procesado. Asimismo, conforme el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales los jueces aprecian las pruebas con criterio de conciencia, debiendo entenderse el contenido de los mismos como la aplicación de las reglas de la lógica y máximas de la experiencia. Bajo este criterio de libre apreciación de la prueba, los jueces se forman convicción sin estar sujetos a un valor preestablecido, pero si están obligados a motivar su apreciación en conciencia.

SEGUNDO: Cabe indicar que el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua ciento dieciséis, en sus fundamentos jurídicos octavo y noveno, establece que la declaración de un co imputado puede ser utilizada para formar convicción judicial, para ello se deben valorar varias circunstancias, como son la persistencia subjetiva, objetiva, así como la coherencia y solidez de su relato; sumado a que, el cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el Juzgador puede optar por la que considere adecuada.

TERCERO.- En ese sentido, en autos se advierte que el encausado negó su participación y responsabilidad de los hechos que le imputan alegando que se encontraba en completo estado de ebriedad, no recordando nada de los sucedido el día de los hechos; sin embargo, dicha versión quedó desvirtuada con las sindicaciones efectuadas por los menores infractores Julio Cesar Rojas Ponce y Jhon Clemente Rojas, los mismos que al rendir sus referenciales a nivel policial –fojas diecinueve y veintitrés respectivamente- sostuvieron que en dicho latrocinio también participó el encausado Rojas Cantalicio, indicando Rojas Ponce de los mencionados que el referido encausado cogió del cuello al agraviado y lo tumbó al suelo; y Clemente

Rojas señaló que les indicó “hay que cagarlo”, cogiéndolo del cuello Edison Rojas, Julio Rojas y Rojas Cantalicio tumbándolo al piso. Por su parte el encausado Edison Rojas Clemente a nivel policial –fojas dieciséis- de igual manera sostuvo que el encausado les dijo: “hay que cagarlo a este huevón para recuperar algo del auto radio”, y junto a Julio Rojas corrieron hacia el agraviado, lo empujaron cayó al suelo y sujetaron, mientras Rojas Clemente rebuscó sus bolsillos. Al respecto, cabe precisar que dichas referencias fueron tomadas en presencia del representante del Ministerio Público, fueron tomadas con presencia del representante del Ministerio Público, quien como titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba viabiliza que dichas declaraciones puedan ser habilitadas como pruebas, y estando al contenido de las mismas sean suficientes para emitir una sentencia condenatoria conforme al artículo sesenta y dos y setenta y dos del Código de Procedimientos Penales.

CUARTO: Que, las declaraciones antes esgrimidas se advierte que éstas son coherentes y congruentes entre sí, y aunque existe un cierto matiz respecto a sí todos redujeron al agraviado o sólo el encausado, y éste fue quien les insinuó o no para perpetrar el robo, ello en modo alguno debe ser considerado como una contradicción, más aún, si el encausado Rojas Clemente en su declaración instructiva –fojas cincuenta y ocho- reiteró su versión sosteniendo que fue a insinuación del encausado Rojas Cantalicio que optaron por asaltar al agraviado; además en su ampliación de declaración instructiva –fojas ciento seis- afirmó que fue el encausado Rojas Cantalicio quien expresó la frase reproducida en el considerando precedente, y si bien los menores infractores no concurrieron a nivel judicial ni al contradictorio a efectos de rendir sus declaraciones correspondientes; tanto más que no enerva sus

declaraciones dadas ante el representante del Ministerio Público en el proceso que se les siguió por infracción penal –fojas cincuenta y siete y cincuenta y nueve del cuaderno por infracción penal- describiendo los hechos acaecidos y la participación del encausado.

QUINTO: Por lo reseñado precedentemente, podemos sostener que aquellas imputaciones sostenidas por el coencausado así como los menores infractores cumplen con aquellas circunstancias establecidas en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, como son la perspectiva subjetiva, objetiva, así como la coherencia y solidez de su relato; ya que bajo ninguna circunstancia los partícipes en el hecho variaron su versión respecto a la participación y responsabilidad penal del encausado, aunado a que tampoco existe alguna motivación negativa por parte de estos para arribar a la conclusión que aquella sindicación efectuada en su contra sea causada por algún revanchismo, odio, rencor u otro sentimiento negativo a efectos de pretender perjudicarlo con la imputación de hechos ilícitos, por lo que aun cuando el agraviado no lo haya logrado reconocer o haya incurrido en contradicción respecto al número de personas que lo atacaron, ello se debe y justifica considerando que en efecto por el lugar y hora en que se perpetró el hecho, se vio imposibilitado de poder observar claramente a sus agresores, por lo que incluso el hecho de que no haya concurrido al contradictorio no puede ser materia de cuestionamiento pues por el propio sentido de versión resultaba irrelevante su presencia en el mismo ya que su aportación sería íntima.

SEXTO: Siendo así, en el caso de autos se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al justiciable, ya que no se puede justificar su accionar alegando que no recuerda los

hechos por su estado de ebriedad, ya que si bien estuvo libando licor por varias horas desde el día veintiocho al veintinueve de junio empero también lo es que, durmió varias horas antes de continuar bebiendo licor con su coencausado Edison Rojas Clemente y los menores infractores, perpetrándose el hecho a las once y treinta de la noche de ese mismo día, pero, aquel estado de ebriedad que aduce no genera la pérdida absoluta de su conciencia, tratándose únicamente de un argumento de defensa a efectos de ser eximido de responsabilidad, razón por la cual consideramos que debe mantenerse vigente la sentencia condenatoria cuestionada.

SETIMO: De otro lado, respecto al quantum de la pena impuesta, cuestionada por el representante del Ministerio Público se debe considerar que la determinación judicial de la pena importa un proceso intelectual del juzgador de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión; siendo así, la graduación de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva; en ese sentido, la determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar a la teoría de la prevención positiva, lo que implica asumir como criterio de determinación de la pena al hecho delictivo; es decir, el quantum de la pena a imponer debe ser proporcional al hecho delictivo.

OCTAVO: Siendo así, consideramos que la pena impuesta al encausado Rojas Cantalicio por el delito imputado resulta ser ínfima, en tanto el representante del Ministerio Público en su acusación escrita solicitó la pena de veinticinco años, sumado a que dicho encausado no puede acceder a ningún beneficio premial ni atenuante alguna, máxime si teniendo en cuenta la forma y circunstancias del hecho, la gravedad del mismo, ya

que, además de haber agredido físicamente al agraviado Carlos Walter Orihuela Duran, se empleó un arma blanca –cuchillo-la misma que no sólo sirvió para amedrentarlo, sino que fue utilizada por uno de los menores infractores, causando lesiones al referido agraviado a nivel dorsal, produciendo tres heridas cortantes de dos, uno y uno punto cinco centímetros así como contusiones y escoriaciones en diversas partes del cuerpo; que requirió ocho días de tratamiento médico y siete días de descanso médico, conforme se acredita del reconocimiento médico legal –fojas treinta y cuatro-; en consecuencia, la pena impuesta debe ser elevada prudencialmente.

Como se puede advertir de los considerando antes expuestos, en este voto se tiene como premisa normativa lo dispuesto en el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, precisando que es en virtud a dicho dispositivo que el Juez aprecia la prueba con criterio de conciencia, por el cual el Juzgador tiene libertad en la valoración de la prueba, precisando, que ello no quita que se encuentre obligado a motivar la valoración que de la prueba realice, en virtud a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia. Asimismo, también como premisa, se señala lo que el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 estableció sobre los requisitos que debe cumplir la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado para ser considerado como medio de prueba válido.

En relación al análisis de las declaraciones de los co partícipes del recurrente en el considerando tercero, se indica, que Julio Cesar Rojas Ponce, a nivel preliminar declaró que el recurrente, “cogió del cuello al agraviado y lo tumbó al suelo”; y Jhon Clemente Rojas, en esa misma etapa policial manifestó, que el recurrente les dijo “hay que cagarlo, cogiéndolo del cuello Edison Rojas, Julio Rojas y Rojas Cantalicio tumbándolo al piso”. Sobre

la declaración del co imputado, Edison Rojas Clemente, se señala que también a nivel policial señaló, que el recurrente “les dijo hay que cagarlo a este huevón para recuperar algo del auto radio”; así como, que “junto a Julio Rojas corrieron hacia el agraviado lo empujaron y cayó al suelo y sujetaron, mientras Rojas Clemente rebuscó los bolsillos.”

Después de detallar sobre el contenido de las declaraciones policiales de los co partícipes del recurrente, se arguye que aquellas fueron tomadas en presencia del representante del Ministerio Público y, por ende, de conformidad con el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales, bien pueden ser tomadas como pruebas de cargo.

Al respecto de esas consideraciones, cabe indicar que, revisada la declaración policial de Edison Rojas Clemente, que obra a folios dieciséis; se tiene que, no solo da cuenta que el recurrente les insinuó para que asaltaran al agraviado sino que además precisa, que fue él y el menor Julio Cesar Rojas Ponce los que agredieron a Carlos Walter Orihuela Duran, donde dicho menor lo empuja, mientras él le rebusca sus bolsillos. Por lo que, la manifestación de Edison Rojas Clemente, tal como se hace en la sentencia, no se podría equiparar a las de los menores Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce, quienes a diferencia del primero, sí manifiestan que el recurrente atacó al agraviado; de tal modo que, la sola cita del contenido de esas declaraciones sin un análisis profundo de ellas, no es suficiente para sostener que el recurrente participó en los hechos, pues, podría darse una evaluación sesgada de los hechos.

Con relación al análisis de las declaraciones de los Jhon Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce, es del caso resaltar que, Jhon Clemente Rojas, refirió que fueron el recurrente,

Edgar Rojas Cantalicio, junto con Edison Rojas Clemente y Julio Cesar Rojas Ponce los que atacaron en conjunto al agraviado; precisando, que habría sido Julio Cesar Rojas Ponce quien le causó las lesiones que presenta el agraviado. Por su parte, Julio Cesar Rojas Ponce, declaró, que fue Edgar Rojas Cantalicio quien atacó al agraviado tumbale al suelo y además fue quien le causó las lesiones que presenta, mientras que Edison Rojas Clemente le rebuscaba sus bolsillos; de lo que se infiere, que dichas declaraciones, se contradicen o por lo menos presentan imprecisiones, sobre cómo fue la agresión que Edgar Rojas Cantalicio habría perpetrado en agravio de Carlos Orihuela Duran, no solo porque se contradicen respecto a la cantidad de sujetos que participaron en la agresión en sí sino también porque en cuanto a la agresión propiamente dicha, no es lo mismo afirmar, que el recurrente fue quien prácticamente sólo redujo y causó lesiones al agraviado, tal como lo hace Julio Cesar Rojas Ponce; a decir, que fueron tres los que le agredieron y redujeron; precisando, que el recurrente fue quien lo redujo, Edison Rojas Clemente le rebusca sus bolsillos y Julio Cesar Rojas Ponce, le causa las lesiones, tal como declaró el otro menor Jhon Clemente Rojas.

Todo lo cual, no fue analizado en ese considerando tercero y por el contrario como argumento de refuerzo se señala, que dichas declaraciones fueron prestadas en presencia del representante del Ministerio Público, por lo que, de conformidad con el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales, pueden ser consideradas como pruebas suficientes para condenar al recurrente.

Siguiendo con el análisis de los sustentos del voto en minoría, se advierte que en el considerando cuarto se afirma, que las declaraciones de los co participes del recurrentes son coherente

y congruentes, aunque existe un matiz respecto a si todos redujeron al agraviado o sólo fue el recurrente, y si fue quien les insinuó o no para perpetrar el delito, destacando que el co imputado del recurrente, es decir, Edison Rojas Clemente, a nivel de la instrucción declaró que fue por insinuación del encausado que asaltaron al agraviado e inclusive se destaca, que en su ampliación de declaración instructiva reiteró que aquel les dijo, “hay que cagarlo a ese huevón” refiriéndose al agraviado. Indicándose como argumento adicional, que, si bien los menores no acudieron a nivel judicial a prestar su versión de los hechos, ello no invalida sus declaraciones dadas a nivel policial, pues, contaron con la presencia del representante del Ministerio Público.

Sobre ese sustento, cabe indicar, que si bien se afirma que las declaraciones esgrimidas a nivel preliminar por los co participes del recurrente, son coherentes y congruentes, sin embargo, se omite explicar en qué extremo serían coincidentes; de tal modo que se advierta dicha circunstancia, pues, como se tiene expuesto precedentemente se soslayó realizar un análisis en profundidad sobre el contenido de las declaraciones de los co participes del recurrente, sobre todo, la declaración preliminar de Edison Rojas Clemente, quien refirió, que fue él junto con el menor Julio Cesar Rojas Ponce, los que atacaron y quitaron sus pertenencias al agraviado; mientras que a nivel de la instrucción no solo manifestó que les insinuó a que robaran al agraviado sino que además declaró que, el recurrente, Edgar Cantalicio Rojas agarra al agraviado por la espalda, mientras que él rebusca sus bolsillos y le quita sus pertenencias y que Julio Cesar Rojas Ponce le amenaza con un cuchillo y le mete puñadas en la espalda. Es decir, a nivel de la instrucción, con relación al recurrente, el co imputado en mención cambia completamente su versión que dio a nivel preliminar. Sin

embargo, ese extremo no fue tomado en consideración en ese considerando cuarto y por el contrario, solo se repara en que el recurrente insinuó al agraviado para que robaran al agraviado.

En dicho considerando también se vuelve a reiterar que, si bien los menores infractores no concurrieron a nivel judicial ni al contradictorio a efectos de rendir sus declaraciones correspondientes, ello no enerva sus declaraciones preliminares que fueron dadas ante el representante del Ministerio Público.

Por lo que, no es como se afirma en ese considerando, que solo existen matices en cuanto, si todos redujeron al agraviado o solo el encausado y si insinuó o no para cometer el robo, pues, como se tiene expuesto precedentemente, lo que existe es una contradicción tangencial sobre si el recurrente participó o no en el robo que padeció el agraviado; de tal modo, que no es que existen matices que no inciden en la determinación de la participación en los hecho por parte del recurrente, sino contradicciones propiamente dichas sobre ese extremo. Todo lo cual, no puede ser soslayado con el hecho de que las declaraciones de los co participes del recurrente fueron prestadas a nivel policial en presencia del representante del Ministerio Público.

Consecuentemente, a nuestra consideración, en el voto en minoría, se ha omitido un análisis detallado de todo el contenido de las versiones de los coparticipes del recurrente sobre todo del co imputado, Edison Rojas Clemente. Igualmente, se ha omitido explicar en qué extremos serían coincidentes las versiones de los co participes del recurrente sobre la agresión que en sí sufrió el agraviado; de tal manera, que se pueda evidenciar que, en efecto, dichas versiones son coherentes y consistentes y a su vez que esas actuaciones no presentan contradicciones en sí

mismas y con las otras delaciones. Es decir, se ha incurrido en un supuesto de motivación insuficiente, pues, no se ha reparado en todas las circunstancias jurídicas relevantes que presentó el caso concreto. Asimismo, a pesar de haber enunciado que dichas versiones se analizaran a la luz de la lógica y la experiencia, se recurre a un criterio de autoridad para validar las declaraciones en mención, pues, en última instancia se refiere que aquellas son verosímiles porque fueron prestadas en presencia del representante del Ministerio Público, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales, el cual prescribe: “La investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los Jueces y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 283 del Código,” lo que a todas luces se constituye en una falacia de autoridad, es decir, para el voto en minoría esas pruebas no son fiables por su contenido sino porque la ley dice que al ser prestadas ante el Ministerio Público, esas son válidas.

Es decir, la coherencia y solidez o no de las declaraciones policiales de los co partícipes del recurrente, se asume a partir de si fueron o no prestadas en presencia del representante del Ministerio Público y no así en virtud a un análisis del contenido de aquellas.

Inclusive del análisis de los considerandos tercero y cuarto, no queda claro, si al recurrente se le condena porque participó en la agresión que en sí padeció el agraviado o si solo fue por insinuar a que asaltarán al agraviado a sus co partícipes. Lo que debió haberse expresado de manera clara y expresa, pues, no es lo mismo insinuar a otros sujetos para cometer un robo a participar en la violencia propia de ese delito.

Posteriormente, en el considerando quinto de esa decisión, se afirma que las versiones dadas por los co partícipes del recurrente cumplen los requisitos del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, ya que no variaron su versión en relación a la participación del recurrente, aunado a que no existe motivación negativa en contra del encausado por parte de alguno de sus co partícipes. Es decir, se afirma que las declaraciones de los co partícipes del recurrente, presentan los requisitos de la perspectiva subjetiva, objetiva y el de la coherencia y solidez que el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 ha establecido como presupuesto para validar la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado. Además, en dicho considerando se explica, que, si bien no se tiene una versión incriminatoria del agraviado, ello es por el lugar y la hora en que sucedieron los hechos y por ello, su versión resultaría irrelevante en el contradictorio.

Como conclusión en el considerando sexto se indica, que sí se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al recurrente, precisando que si bien estuvo libando licor por varias horas también es cierto que precedentemente a los hechos durmió varias horas también, por lo que, el estado de ebriedad que aduce, a la hora de la comisión de los hechos, once y treinta de la noche, no significaría una pérdida absoluta de su conciencia y por ende no podría operar como una eximente de responsabilidad penal.

Sobre esas considerandos, se advierte que no se ha explicado cómo es que se descarta que se haya presentado el requisito de la perspectiva subjetiva, esto es, si las declaraciones de los co imputados en verdad no fueron producto de un ánimo de perjudicar al recurrente o con intención auto exculpatoria; más

aún, si en el caso del co partícipe, Julio Cesar Rojas Ponce, en su delación preliminar señaló que fue el recurrente quien redujo y apuñaló al agraviado mientras que él se quedó mirando cómo sus acompañantes agredían al agraviado, es decir, no refiere que participó en los hechos, pese a que sus otros co partícipes, Jhon Clemente Rojas y Edison Rojas Clemente manifestaron, respectivamente, que fue él quien portaba un cuchillo y que fue el quien le dio de puñaladas al agraviado. Por lo que, en este extremo se ha incurrido en una motivación aparente, pues, no se ha dado razones para advertir que, en efecto, no se presenta la perspectiva subjetiva que el acuerdo plenario en mención estableció.

Sobre la afirmación que las versiones de los co partícipes del recurrente son coherentes y consistentes, nos remitimos al análisis precedentemente enunciado.

En cuanto se afirma que también se presenta el requisito de la perspectiva objetiva, esto es, que la versión que prestaron los co partícipes del recurrente, están corroboradas por otros medios de prueba, aunque fuera indiciarios; cabe indicar, que esgrimiendo una explicación sobre por qué no se tiene en cuenta la declaración del agraviado, se evita analizar si en realidad se presenta o no este requisito; lo que era relevante en este caso, pues, solo se contaba con la declaración de los co partícipes del recurrente, los cuales no se podría tener por corroboradas entre sí, pues, tienen la misma naturaleza y tienen por finalidad acreditar un mismo supuesto a la vez. Por lo que, al no haber analizado sí en verdad se contaba o no con ese presupuesto, se tiene que también en este extremo se ha incurrido en una motivación aparente.

Finalmente, en el voto en minoría en el considerando sétimo y octavo, se ingresa a analizar si la pena recurrida debe ser elevada o no, en virtud a la impugnación interpuesta por la representante del Ministerio Público, en cuanto cuestionó que la pena que se le impusiera al recurrente fuera de solo diez años, es decir, por debajo de los veinticinco años que había solicitado, arguyendo, que la pena que se le impuso es ínfima en relación al hecho incriminado y que se tiene por acreditado, es decir, para el voto en minoría da por acreditado que se ha presentado la agravante de cuando la víctima sufre lesiones a raíz del robo que padeció. Lo que no puede ser objeto de mayor análisis, por cuanto, se refiere a un tema tangencial al nuestro tema de investigación.

C. Voto Dirimente del Señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas

Como se puede advertir de las posiciones antes esbozadas, se presentó una discordia respecto a cómo debía ser resuelta la apelación que interpusiera el procesado Edgar Severiano Rojas Cantalicio contra la sentencia que le condenó a diez años de pena privativa de libertad, por la comisión del delito de Robo Agravado, en agravio de Carlos Walter Orihuela Duran; por lo que, tal como lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, este debe ser sometido a una dirimencia, es decir, a una consideración adicional que resuelva esa discordia que se presentó; y en nuestro caso concreto ello se concretizó con el voto del Juez Supremo de referencia, del que, al igual que los demás votos, será analizado a partir de lo que se expone de manera concreta en sus considerandos. En ese sentido tenemos los siguientes sustentos:

Tercero.- Que, el delito Contra el Patrimonio – Robo agravado- se encuentra acreditado conforme se aprecia de las pruebas

actuadas entre ellas, las declaraciones de los menores infractores a quien se les impuso la medida socio educativa de prestación de servicios a la comunidad; sin embargo, respecto si le asiste o no responsabilidad penal al procesado Edgar Severiano Rojas Cantalicio en el sentido si realizó actos que llevaron a los sujetos que lo acompañaban a inducirlos para despojar al agraviado de sus pertenencias, es lo que deberá establecerse: Que, de la revisión de las actas del plenario se advierte que efectivamente la declaraciones del menor J.C.R.P. y del co acusado Edison Jacinto Rojas Clemente, existen contradicciones entre dichos testimonios y las que obran en el proceso tutelar seguido contra los mencionados menores, por lo que deberá hacerse un análisis bajo las reglas establecidas en el Plenario N° 02-2005/CJ-116.

Cuarto.- Que, efectivamente es de advertir que cuando una persona es señalada como autor del delito por sus co imputados, testigos y agraviado, éstas deben estar mínimamente corroboradas por otros indicios, coherentes y sólidos que permitan advertir el accionar delictivo de la persona sindicada en los hechos ilícitos; debiéndose tenerse en cuenta diversos factores, entre estos: interés en el asunto, animadversión, no contradicción con lo declarado anteriormente, es decir, debe ser una versión inalterable y creíble en este caso el colegiado deberá apreciar las circunstancias procurando el medio posible al valorar con otros indicios indubitables.

Quinto.- Que, en el caso de autos, el agraviado desde la etapa preliminar y judicial ha manifestado que no ha podido reconocer a los autores del hecho criminoso, en razón de encontrarse en estado etílico y a la oscuridad de la noche, indicando que se enteró de los hechos por versión del testigo Zenón Carrera Sesa quien le hizo saber sobre su celular, el mismo que le había

ofrecido en venta el menor J.C.R.P. versión que es ratificado en la diligencia de inspección judicial y reconstrucción en la que coincide el agraviado y el sentencia en no recordar nada de los hechos porque se encontraba en completo estado de ebriedad.

Sexto.- Que la Sala Superior sustenta su sentencia condenatoria en la sindicación de los menores J.C.R.P., J.C.R. y Edison Jacinto Rojas Clemente, coincidiendo que fue a insinuación del encausa Rojas Cantalicio que decidieron por asaltar al agraviado; declaraciones que brindadas a nivel preliminar y en la etapa instrucción carecen de coherencia y solidez, en torno o cómo sucedieron los hechos, y el grado de intervención del recurrente, además los relatos inculpativas, no están corroboradas por otras acreditaciones primigenias que incorporen algún hecho, dato o circunstancia, que consoliden la imputación; del análisis de declaración del agraviado no existe versión inculpativas, más bien a indicado a nivel preliminar y judicial que por desolado y oscuro del lugar no pudo conocer a los sujetos que lo agraviaron; sin embargo tenemos la declaración uniforme de Edgar Severiano Rojas Cantalicio, en la cual sostiene haber participado en el ilícito, aludiendo se encontraba y coincidente con la del agraviado, quien manifiesta no recordar nada al haberse encontrado ambos en estado etílico.

Como se puede advertir del voto en mención, este asume la posición de la mayoría, indicando que sí existe contradicción entre las versiones de los co investigados del recurrente, de cómo se habrían realizado los hechos y la participación que Edgar Rojas Cantalicio habría tenido en estos, resaltando, asimismo, que el agraviado desde un inicio no pudo identificar a sus agresores debido a lo oscuro del lugar donde se perpetraron los hechos y a su estado de ebriedad.

De este voto, cabe destacar, que realiza un examen de los hechos sin mayor adscripción a una posición que sobre la prueba tiene una u otra legislación vigente, lo que sí hicieran los votos que lo precedieron; este último voto resuelve la apelación a partir del análisis de lo que indica el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, destacando la ambigüedad y contradicción que presentan las declaraciones de los co investigados del recurrente.

## **2.7.- Conclusiones del Análisis Crítico del Caso**

1. Si bien es cierto, tanto el Código de Procedimientos Penales como el Código Procesal Penal, se adhieren al sistema de libre valoración de la prueba, sin embargo, en el caso del primero, no se advierte que el juzgador cuente con mayores medios para realizar dicha función; siendo el caso todo lo contrario con el Código Procesal Penal, pues, se legisla expresamente sobre qué criterios puede utilizar el juzgador en dicha labor.
2. La valoración de la prueba en el Código de Procedimientos Penales, se desnaturalizó principalmente, porque se estableció dispositivos que disponían que, al juzgamiento vía oralización de piezas podían incorporarse actuaciones policiales para su posterior valoración; lo que a la larga conllevó, a que se terminara por confundir prueba con actos de investigación y no solo ello, quitarle protagonismo al juzgamiento como la principal etapa de todo proceso penal y con ello, sobre poniendo a la etapa policial. Razón por la cual, nos parece acertada la legislación del Código Procesal Penal, en el sentido de que dispuso, expresa y claramente, que el juzgamiento es la etapa principal del proceso penal, con lo que determinó que las demás fases se sometan a ella; así como que, prueba es aquella que se actuación que se despliega en juicio oral en virtud a los Principios de Inmediación, Oralidad, Contradicción y Publicidad.

3. Tanto el Código de Procedimientos Penales, como el Código Procesal Penal, no legislan o no lo hacen expresamente sobre la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, acerca de un hecho delictivo donde también participó. Siendo que si bien en el inciso 2 del artículo 158° del Código Procesal Penal, se ha legislado sobre los testigos de referencia y arrepentidos, señalando, que se equiparan a otros casos análogos, lo que para la doctrina podría entenderse como referente al caso en cuestión, sin embargo, en el caso de los co imputados que declaran sobre otro co imputado, existiría la particularidad de que no puede ser considerado testigo propiamente dicho y no siempre su ánimo ha de ser el de colaborar con la justicia, por lo que, si existiría la necesidad expresa de una regulación al respecto.
4. La decisión emitida por la Sala Superior, no identificó el problema jurídico que planteaba el caso, pues, si bien utilizó el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, sin embargo, lo hizo en cuanto trató sobre la declaración de la víctima cuando también es el único testigo del delito, que es distinto a la problemática que se presentó en la presente, donde desde un inició se trató de si por las versiones de los co participes del recurrente, Edgar Rojas Cantalicio, se podía determinar la intervención de éste en la comisión de los hechos que el agraviado, Carlos Walter Orihuela Duran denunció que sufrió el día veintinueve de junio de dos mil nueve; más aún, cuando este desde el inicio del proceso declaró que no había podido identificar a sus agresores.
5. Si bien las decisiones en discordia emitidas a nivel de la Corte Suprema, para resolver la impugnación del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, recurrieron al análisis de los requisitos del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, estableció para evaluar la validez de la declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, en cuanto declare sobre un evento delictivo en el que ambos participaron. Es decir, a un mismo instrumento para resolver una misma situación; sin embargo, a nuestra consideración, es claro

que la posición en mayoría, tiene influencia del tratamiento legislativo y doctrinario que sobre la prueba recogió el Código Procesal Penal. Mientras que, en el caso del voto en minoría, es claro que sigue la línea que sobre la prueba estableció el Código de Procedimientos Penales; y, esa divergencia entre ambas decisiones, a nuestra consideración, fue determinante para la resolución definitiva del caso en el sentido de la absolución de Edgar Rojas Cantalicio.

6. Coincidimos con la posición en mayoría, que a nivel de la Corte Suprema decantó por la absolución del imputado, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, por cuanto, analizadas las declaraciones de sus co partícipes, esto es, de Edison Rojas Clemente y de los menores Julio Cesar Rojas Ponce y John Clemente Rojas, son contradictorias en sí mismas y entre ellas, sobre todo en el caso del co imputado, Edison Rojas Clemente, quien a nivel de la Policía manifestó que el recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio, se limitó a insinuarles para que asaltaran al agraviado, Carlos Walter Orihuela Durand; mientras que a nivel de la instrucción manifestó, que fue él quien redujo al agraviado en mención cogiéndolo del cuello.
7. No coincidimos con la posición en minoría, porque las circunstancias antes descritas, no podrían ser consideradas como intrascendente como se dice en esa decisión, pues, incide en lo que precisamente el delito de robo demanda verificar; esto es, el arrebató de los bienes muebles de posesión del agraviado, mediante la violencia o amenaza; lo que no se verifica, si como en el caso concreto, se trata de comprobar un robo agravado con participación de dos o más sujetos, con arma blanca y en lugar desolado y oscuro; así como, con lesiones al agraviado; cuando no solo es el caso que el agraviado manifestó, que no identificó a sus agresores y después que no recuerda nada porque estaba borracho; sino también, cuando de los partícipes del recurrente, esto es, un primer testigo impropio, en un primer momento

dice que solo les insinuó para tal propósito; sin embargo, en un segundo momento declara que fue él quien cogoteo al agraviado.

8. Al margen que coincidimos con el voto en mayoría, consideramos que la motivación que ella contiene es insuficiente, pues, se limita a describir actuados y hacer afirmaciones, sin emitir razones, porque, por ejemplo, se considera que existen contradicciones en la versión del co imputado Edison Rojas Clemente; así como entre aquella con la de los menores, John Clemente Rojas y Julio Cesar Rojas Ponce; y, como ello, incide en los elementos del delito, que es objeto de incriminación.

## **2.8.- Propuestas del Diagnóstico**

1. En la implementación del Código Procesal Penal, no se vuelva a incurrir en modificaciones que desnaturalicen la instauración de un determinado modelo procesal para la resolución de conflictos penales, como habría sido el caso del modelo asumido por el Código de Procedimientos Penales, como es el caso del Decreto Legislativo 124 y el Decreto Legislativo 1206.
2. Se evite incurrir en actuaciones sin el debido compromiso ni control por parte de los funcionarios que en ella intervienen; pues, ocasiona, que las etapas o actuaciones incurran en inconsistencias, es decir, que carezca de un determinado fin.
3. Procurar medios por los cuales se garantice un efectivo ejercicio del derecho a la defensa de manera efectiva por parte de los investigados o imputados, sobre todo a nivel de la investigación.
4. Se delimite bien las funciones que deben cumplir cada servidor o funcionario que intervengan en un proceso penal, capacitándolos para que intervengan sin superponerse a la función que otros realizan y, sobre todo, a realizar de manera adecuada su labor.

5. Se evite repetir las mismas actuaciones entre una y otra etapa, sin mayor pertinencia con los hechos objeto de proceso.
6. Procurar un efectivo resarcimiento de la víctima del delito a través del proceso penal, instaurando dentro de él, procedimientos que aseguren su intervención y ejercicio de sus derechos de manera efectiva.
7. La actuación de la prueba, sobre todo respete los Principios de Contradicción y Oralidad; de tal manera, que se pueda asegurar una decisión lo más ajustada a la verdad y la justicia.

## Conclusiones

1. Existen muchas causas por las cuales el Código de Procedimientos Penales, fracasó como mecanismo de resolución de conflictos penales; siendo alguno de ellos los siguientes:
  - 1.1. Considerar actos de investigación propiamente dicho, como prueba factible de ser valorada en la etapa de juzgamiento.
  - 1.2. No haber delimitado las funciones de la Fiscalía y Policía en la etapa de investigación preliminar; así como de la Fiscalía con el Juez en la etapa de la instrucción.
  - 1.3. La introducción de modificatorias, sin considerar el sistema procesal que asumía el Código de Procedimientos Penales, que llegaron a superponer a la etapa policial sobre las otras del proceso.
  - 1.4. Generar la repetición de actuaciones, entre una y otra etapa sin tener una utilidad y finalidad concreta.
  - 1.5. Omitir establecer dispositivos sobre el control de plazos de la instrucción y las sanciones que su inobservancia podría conllevar.
  - 1.6. Haber instaurado funciones de investigación y sanción en el Juez de la Instrucción, en cuanto se trate de delitos procesados en la vía sumaria.
  - 1.7. Desnaturalizar la etapa de juzgamiento cuando, como regla general, se dispuso que las actuaciones podrían ser introducidas y valoradas por el juzgador, con su lectura en esa etapa.
  - 1.8. No establecer mecanismos legales por los cuales la víctima del delito podría encontrar satisfacción a sus intereses.
  - 1.9. Omitir advertir que la intervención de los sujetos procesales dentro del proceso penal, era meramente formal.
  - 1.10. No advirtió que los mecanismos de actuación probatoria que contemplaba, ya no respondía a la etapa de evolución social en que nos encontrábamos, la realidad había cambiado mucho desde su dación.

2. La posición en mayoría de la Corte Suprema, que terminó por resolver el caso concreto, es la que más se ajusta al Principio de Presunción o Estado de Inocencia, pues, no se ha podido evidenciar prueba suficiente que dé cuenta de cómo y cuál ha sido la participación del recurrente, Edgar Severiano Rojas Cantalicio en la comisión de los hechos objeto de proceso.
3. Las contradicciones y ambigüedades en las que incurrieron los co participes del recurrente, si trascienden en el núcleo duro de lo que el tipo penal de robo agravado demanda verificar; el cual es, que el agente mediante la violencia o amenaza, sustraiga un bien mueble del poder de la víctima.
4. El Estado de Inocencia, es la definición más adecuada para definir el derecho que tiene el imputado a ser tratado como inocente, hasta que no declare su responsabilidad penal de manera definitiva, en sede judicial.
5. El legislador, los comunicadores y la Policía sobre todo, no internalizan la afectación que podría sufrir una persona por ser mostrar como delincuente sin que haya sido declarado penalmente responsable, afectando no solo su estado de inocencia sino el honor y la dignidad de su persona.
6. Los Acuerdos Plenarios, han cobrado relevancia en la emisión de directrices de orden general para la resolución de casos, los cuales tienen carácter de vinculante sobre todo por la autoridad que las emite, que es la Corte Suprema.

## Recomendaciones

1. Como recomendación general podemos referir, que se realice un estudio y/o diagnóstico, identificando los yerros, que en la práctica conllevaron al fracaso del Código de Procedimientos Penales como instrumento para resolver los conflictos de naturaleza penal; comparándolos con la aplicación del Código Procesal Penal; siendo que para tal efecto, se tenga en consideración los yerros advertidos en la presente, pues, más allá de las razones del fracaso esgrimidas por casi todos los autores en el sentido de que, por ejemplo, era un error la implementación del proceso sumario, pues, conllevaba que quien investigue también juzgue y sentencie; se puede apreciar, que hubieron comportamientos específicos que mellaron seriamente el modelo de resolución de conflictos del Código de Procedimientos Penales, como el delegar la investigación a la Policía con la aparente, y no así efectiva, participación del Ministerio Público; lo que se estaría repitiendo en el Código Procesal Penal.
2. Se haga efectivo mecanismos para asegurar el adecuado ejercicio de los derechos por parte de los sujetos procesales, pues, como se ha podido advertir, los imputados se han visto desamparados durante casi todo el proceso, pues, no solo es el hecho que la participación de los abogados de los imputados ha sido casi representativa, sino que el Ministerio Público y Judicatura cuando intervinieron en actos concreto, no les garantizaron el ejercicio de sus derechos de manera efectiva. Tan es así, que inclusive el agraviado decidió recurrir al pago de una reparación de manera directa.
3. Se regule sobre las sanciones que puedan imponerse a conductas que vulneren el Estado de Inocencia de una persona, en cuanto se le muestre y/o se le trate de manera deliberada como un delincuente cuando, aún no se cuente con sentencia penal definitiva que así lo declare.

4. Debe garantizarse que la resolución de los casos no dure tanto, pues, desde que inició el proceso a la elevación a la Sala de los actuados para su juzgamiento pasó más de dos años y para la resolución final en la Corte Suprema, se pasó más de un año desde la elevación de actuados por apelación de la sentencia. Lo que, se estaría repitiendo en el caso del Código Procesal de 2004. Por lo que, más allá de la institución de la institución de control de plazos, se hace necesario implementar plazos para la resolución del caso en la etapa de juzgamiento, apelación y casación por ante la Suprema.
5. Que las modificaciones que se introduzcan a la legislación del Código Procesal Penal, sea sobre la base del modelo que asumió, esto es, acusatorio, con la consiguiente división de roles y funciones de los operadores y sujetos que intervienen; de tal manera, que no se desnaturalicen los procesos que regula, como sucedió con el Código de Procedimientos Penales, y el recurrir a instituciones como la prueba de oficio y la oralización de actuados, sean en la realidad excepcionales.
6. Se legisle sobre la declaración de co imputado sobre el hecho de otro co imputado, estableciendo y recogiendo las reglas que para su valoración que ya ha establecido la jurisprudencia; para cuyo efecto alcanzamos la siguiente propuesta:

**“La declaración de un co imputado sobre los hechos de otro co imputado, pueden constituir prueba de cargo válidas a ser valoradas en la sentencia, siempre y en cuanto se haya actuado en juicio oral y sea verosímil, intrínseca e extrínsecamente, y no de vele un ánimo espurio o exculpatório en su delación.”**

## Referencias Bibliográficas

- ASCENCIO MELLADO, Jose Maria. (2015). Derecho Procesal Penal. Tirant Lo Blanch.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). Comentarios a la Constitución a la Constitución de 1993. Analisis Comparado. RAO SRL.
- CAFFERATA NORES, José I. (1998). La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires: De Palma.
- CASTILLO ALVA, José Luis. (2011). Los precedentes Vinculantes y su Regulación en el artículo 301-A del CPP de 1940. Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.
- CENTENO BUENDÍA, Hector Manuel (Agosto de 2008). <https://www.derechocambiosocial.com/revista014/la%20prueba.htm>.
- CUSI RIMACHE, Jhon Eber (2016). La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal.
- CHIRINOS ÑASCO, Jose Luis (2018). La Prueba en el Código Procesal Penal.
- DAVIS ECHANDIA, Hernando (1976). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I. Buenos Aires: Zavallía.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino & Delgado Tovar, Walther Javier (2012). Derecho Penal Parte Especial Tomo II. Lima: Jurista Editores.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2008). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

GUERRERO LÓPEZ, Ivan Salomon (2009). Common Law en el Perú? Jurisprudencia Penal Vinculante. Lima: Idemsa S.A.

GARCIA CAVERO, Percy (2010). La Prueba por Indicios en el Proceso Penal.

HERNANDEZ CANELO, Rafael (2013). Historia del Derecho Peruano. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2012). La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio (Reflexiones Adaptadas al Código Procesal Peruano de 2004). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (07 de Diciembre de 2016). obtenido <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf>.

NAKASAKI SERVIGON, Cesar (2009). Juicio Oral. Lo Nuevo del Código Procesal de 2004 sobre la Etapa del Juicio Oral.

NEYRA FLORES, José Antonio (2010). Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Lima: Idemsa.

JAUCHEN, Eduardo (2017), Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial. Rubinzal-Culzoni Editores

PALACIO, Lino E. (2002). La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires: Abel Perrot.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl.  
(2008). Derecho Penal Parte Especial II. Lima: Idemsa.  
(2017). Derecho Penal Parte Especial II. Lima: Idemsa.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. (2016). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Instituto Pacifico SAC.

ROSAS YATACO, Jorge. (2016). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Legales Ediciones.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2008). Comentario a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema - El valor probatorio de las declaraciones inculpatorias del co imputado en el Derecho Peruano. Lima: Editoria Jurídica Grijley E.I.R.L.

RUBIO CORREA, Marcial, (1999) Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la PUCP

SALINAS SICCHA, Ramiro.

(2013). Código Penal Comentado. Lima: Grijley.

(2018). Derecho Penal Parte Especial . Lima: Iustitia.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. (agosto de 2004). Obtenido de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2004\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_05.pdf)

SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio. (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales/Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

SUAREZ VARGAS, Luis (2009). La Prueba Indiciaria en el Proceso Civil y en el Proceso Penal. Ediciones Caballero Bustamante.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual de Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas. Lima: Academia de la Magistratura.

VILLEGAS PAIVA, Enrique A. (2015). La Presunción de Inocencia en el Proceso Penal Peruano Un Estado de la Cuestión. Lima: Gaceta Juridica.

VILLEGAS PAIVA, Enrique A. (2019). La Prueba por Indicios y su Debida Motivación en el Proceso Penal. Gaceta Jurídica.

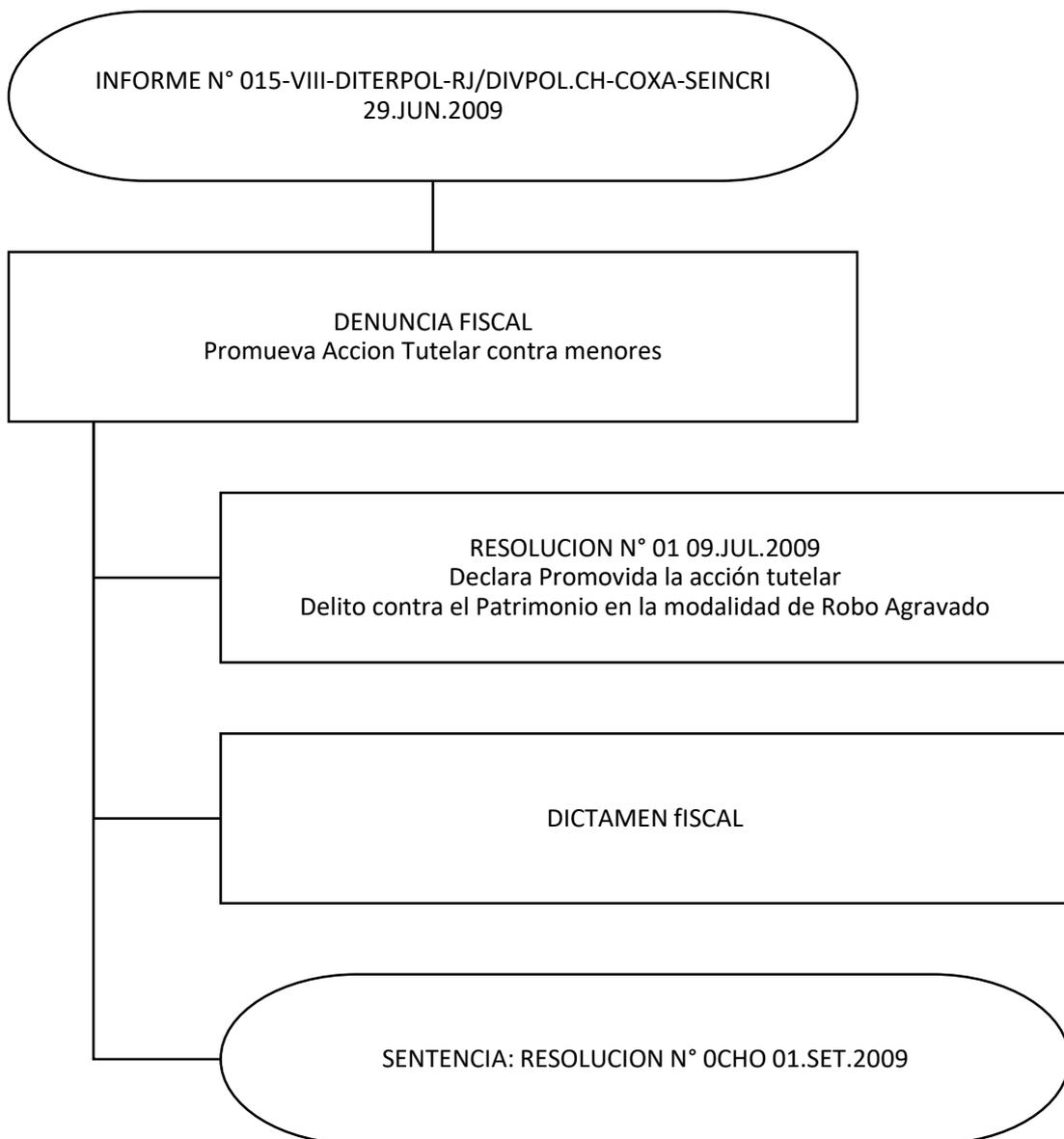
ORE GUARDÍA, Arsenio (2016). Derecho Procesal Penal Peruano, Analisis y comentarios al Código Procesal Penal. Gaceta Jurídica.

## **Anexos**

## Flujograma

EXPEDIENTE 00372-2009-0-1511-JM-FP-01

INFRACCION A LA LEY PENAL DELITO CONTRA EL PATRIMONIO EN LA MODLAIDAD DE ROBO AGRAVADO  
COMETIDO POR LOS MENORES JHON CLEMENTE ROJAS Y JULIO CESAR ROJAS PONCE



### EXPEDIENTE 00034-2010-0-1505-SP-PE-01

DELITO CONTRA EL PATRIMONIO EN LA MODALIDAD DE ROBO AGRAVADO COMETIDO POR EDISON JACINTO ROJAS CLEMENTE Y EDGAR ROJAS CANTALICIO EN AGRAVIO DE CARLOS WALTER ORIHUELA DURAND

