

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 181-2018/LIMA NORTE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Concurso real retrospectivo y reincidencia

Sumilla. La sentencia recurrida afirmó la existencia de una reincidencia y la necesidad de aplicación del concurso real retrospectivo. Ambas figuras jurídico penal no pueden concurrir: o se es reincidente o se aplica el concurso real retrospectivo. La reincidencia claramente no concurre porque el delito juzgado en esta causa es de fecha anterior a la sentencia que impuso pena efectiva al recurrente. El concurso real retrospectivo requiere de un trámite contradictorio previo –que no se hizo en este plenario–, con intervención de la Fiscalía Superior y del imputado, así como con la ulterior determinación por el Tribunal Superior de la aplicación o no del concurso real retrospectivo.

Lima, veinte de marzo de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encausado LUIS ALFREDO LOAYZA FLORES contra la sentencia de fojas trescientos siete, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, que lo condenó como autor del delito de robo con agravantes tentado en agravio de Érica Ruth Enríquez Bendezú a diez años de pena privativa de libertad y al pago de mil quinientos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. Intervino como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. De la pretensión impugnativa de la defensa del imputado

PRIMERO. Que la defensa del encausado Loayza Flores en su recurso formalizado de fojas trescientos veinticuatro, de veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, instó la absolución de los cargos. Alegó que el acta de intervención policial fue irregular, por lo que su patrocinado no la firmó; que la declaración de la agraviada es contradictoria y la diligencia de reconocimiento fue anómala –no dio las características del asaltante y había

expresado que no podía reconocerlo–; que la proclamación de inocencia de su defendido está confirmada por la declaración de su coimputado Martínez Jiménez; que su defendido tenía veinticuatro años de edad y cuando los hechos se encontraba bajo los efectos del alcohol, además no es reincidente; que no es de aplicación el instituto del concurso real retrospectivo; que la reparación civil es excesiva.

§ 2. De los hechos objeto del proceso penal

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día veinticinco de junio de dos mil quince, como a las seis horas con veinticinco minutos, cuando la agraviada Érica Ruth Enríquez Bendezú, de veinticuatro años de edad [Ficha RENIEC de fojas ciento setenta y cinco], transitaba por inmediaciones de la Calle Santa Marína con la Avenida veinticinco de Enero, en San Martín de Porres, fue sorprendida por el condenado conformado Juan Carlos Martínez Jiménez y el encausado recurrente Loayza Flores, de veintitrés años de edad [Ficha RENIEC de fojas ciento setenta y cuatro]. El primero la cogió violentamente del cuello e inmovilizó, mientras que el recurrente le mostró un arma de fuego que llevaba en el cinto –en realidad era una réplica de revólver–, de suerte que pudieron sustraerle su cartera con sus efectos personales y un celular. En su huida, empero, fueron capturados y se les incautó lo robado –el celular se encontraba estropeado (rajado en la pantalla)–.

§ 3. De la absolución del grado

TERCERO. Que el encausado Martínez Jiménez se sometió a la conformidad procesal [sentencia de fojas doscientos treinta y tres, de seis de octubre de dos mil diecisiete]. El imputado Loayza Flores señaló que al encontrarse ocasionalmente con Martínez Jiménez –que llevaba consigo una cartera de mujer– le ofreció un celular y cuando lo examinaba la policía los detuvo [fojas treinta y nueve]. En sede plenarial modificó parcialmente su relato al señalar que salió de una fiesta con su coimputado, que estaba mareado, que su coencausado volteó una esquina y luego regresó corriendo con una bolsa de cartera en un abrigo grande, que por ello corrió con él, que cuando cruzaban la avenida el citado coencausado le dijo que había robado, robo del que no se había percatado [fojas doscientos cuarenta y cuatro].

CUARTO. Que esta coartada, de la que participó parcialmente el conformado Martínez Jiménez en sede plenarial –pero acotó que cuando llegaron los policías entregó a Loayza Flores el celular robado– [fojas doscientos cuarenta

y siete], no tiene asidero. En efecto, no solo se le detuvo en flagrancia delictiva, sino que se le incautó parte de lo robado [acta de fojas nueve, acta de intervención de fojas dos y acta de entrega de fojas trece], y los dos policías captores así lo han confirmado en sus declaraciones en sede preliminar [fojas veintiocho y treinta], sumarial [fojas ciento cuarenta y dos y ciento cuarenta] y plenarial [fojas doscientos cincuenta y uno y doscientos cincuenta y tres], así como la propia agraviada al declarar preliminarmente con intervención del fiscal [fojas veinticinco]: el imputado la amedrentó exhibiéndole un revólver que llevaba en el cinto.

QUINTO. Que la pluralidad de pruebas convergentes y fiables torna suficiente el juicio de culpabilidad realizado por el Tribunal Superior. La agraviada es clara y precisa, los imputados huyeron y fueron capturados tras la persecución respectiva [véase el Parte de fojas dos]. El propio imputado no niega que tenía en su poder el celular robado. El argumento de no intervención delictiva –absurdamente proferido por el encausado conformado– se descarta con lo anteriormente expuesto. Además, no se observa ilicitud alguna en la conducta policial y en el levantamiento de las actas respectivas, producto de una captura en flagrancia delictiva, de la que no existe duda.

La pena impuesta y la reparación civil fijada son proporcionales. Cabe enfatizar únicamente que la tentativa es una causa de disminución de la punibilidad y no una circunstancia atenuante privilegiada –institución última que no tiene supuestos concretos en el Código Penal–.

SEXTO. Que, según el boletín de condenas de fojas ciento ochenta y dos, el imputado Loayza Flores con fecha seis de junio de dos mil quince fue condenado a la pena de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, y con fecha trece de marzo de dos mil diecisiete a la pena de cuatro años efectiva por delito de robo con agravantes.

En los fundamentos cuatro punto dos y cuatro punto cinco la sentencia recurrida afirmó, de un lado, la existencia de una reincidencia y, de otro lado, la necesidad de aplicación del concurso real retrospectivo, aunque no aplicó la consecuencia de la primera conclusión y derivó la consecuencia del concurso real retrospectivo al juez de la condena anterior –que es el Tribunal Superior y no el Juez Penal, como equivocadamente señaló–.

SÉPTIMO. Que es evidente, sin embargo, que ambas figuras jurídico penales no pueden concurrir: o se es reincidente o se aplica el concurso real retrospectivo. La reincidencia claramente no concurre porque el delito juzgado en esta causa es de fecha anterior a la sentencia que impuso pena efectiva al recurrente. El concurso real retrospectivo requiere de un trámite contradictorio

previo –que no se hizo en este plenario–, con intervención de la Fiscalía Superior y del imputado, así como con la ulterior determinación por el Tribunal Superior de la aplicación o no del artículo 51 del Código Penal. Cabe indicar que si el Tribunal Superior mencionó la reincidencia pero no la aplicó en el fallo, por lo que no cabe pronunciamiento alguno para reformar la pena.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos siete, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, que condenó a LUIS ALFREDO LOAYZA FLORES como autor del delito de robo con agravantes tentado en agravio de Érica Ruth Enríquez Bendezú a diez años de pena privativa de libertad y al pago de mil quinientos soles por concepto de reparación civil. **II. PRECISARON** que la determinación de un posible concurso real retrospectivo corresponde al Tribunal Superior que impuso la primera sentencia de pena privativa de libertad efectiva y que corresponde incoar un incidente de ejecución con citación de las partes y requerimiento del Ministerio Público. **III. Declararon NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior de origen para el debido cumplimiento de lo resuelto e inicio, por el órgano judicial competente, del proceso de ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene la señora jueza suprema Zavina Chávez Mella por vacaciones del señor Juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/ast