



Lima, ocho de agosto de dos mil trece

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado **ALDO YONATHAN VARGAS GARCÍA** contra la sentencia de folios novecientos ocho, del catorce de agosto de dos mil doce, que lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio - Hurto agravado, en agravio de Lucy Betty Villafuerte Salas; y por el delito contra el Patrimonio - Delito Informático, en agravio del Banco de la Nación; a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el periodo de prueba de tres años; y fijó en tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberán pagar los sentenciados a favor de la agraviada Lucy Betty Villafuerte Salas y dos mil nuevos soles que deberán abonar los sentenciados a favor del Banco de la Nación. Con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente el señor Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. En su recurso formalizado, de folios novecientos veintidós, sostiene que: **i)** El fallo no se sustenta en medios de prueba suficientes, porque no tuvo conocimiento del uso que le dio el sentenciado Richard Damian Acuña a su tarjeta bancaria, pues se la proporcionó a cambio de una suma dineraria. **ii)** Cuestiona que en base a la visualización del video obrante en autos se lo relacione con la persona que aparece en esta. **iii)** La sentencia transgrede su derecho, pues califica su conducta como cómplice secundario y en el fallo se le condena como autor.

SEGUNDO. Según la acusación fiscal, de folios seiscientos diez, el veintiséis de febrero de dos mil diez, en horas de la mañana, Lucy Betty Villafuerte Salas, desde su computadora ingreso al sitio web del Banco de la Nación, en el cual le solicitaron que actualice sus datos personales, sin percatarse que dicho sitio había sido clonado. Posteriormente, el primero de marzo de dos mil diez, nuevamente ingresó a la página web de la entidad bancaria, percatándose que se había realizado dos transferencias de dinero sin su autorización por la suma de dos mil quinientos setenta nuevos soles. Por otra parte, se llegó a determinar que el veintiséis de febrero de dos mil diez, a las quince horas, se efectuaron transferencias de la cuenta de la agraviada a la del recurrente Aldo Yonathan Vargas García, primero por mil cuatrocientos noventa nuevos soles y a las quince horas con cuarenta y cinco minutos del mismo día se retiró la suma de mil cuatrocientos ochenta nuevos soles. Asimismo el veintisiete de febrero de dos mil diez, a las cero horas con doce minutos se realizó una transferencia por mil cuatrocientos noventa nuevos soles a la misma cuenta, además se realizó consumos y pagos por el importe de mil cuatrocientos setenta y siete nuevos soles, desde las cero horas con veintiséis minutos hasta las cero horas con cuarenta y cuatro minutos. Asimismo, en autos obra el video de seguridad del Banco de la Nación, en el que se visualiza a un sujeto con las características físicas del referido acusado efectuando la operación de retiro de dinero en la sucursal de Chama, en el distrito de Surco. Así pues, se conformó una organización delictiva dedicada al hurto de dinero mediante la clonación de páginas web de entidades bancarias. La modalidad empleada consistía en esperar a que sus víctimas ingresaran a la

página web, procediendo luego a clonar el número de tarjeta y clave secreta para luego sustraer cantidades de dinero y transferirlas a otros cómplices. La organización era dirigida por el sentenciado Richard Damián Acuña y su hermano conocido como "Pollo", mientras que los coinculpadados se encargarían de captar personas a fin de aperturar cuentas en diversos bancos, pagando por cada tarjeta entre treinta y treinta y cinco nuevos soles, una vez obtenidas las tarjetas, estas le servían para la comisión de los actos delictivos.

TERCERO. Analizados los agravios esgrimidos por el acusado, dentro del contexto probatorio y lo actuado en el juicio oral, se aprecia que el Tribunal Superior, efectuó un válido acopio de órganos de prueba de carácter esencial, cumpliendo así con verificar de modo efectivo la garantía de defensa procesal y el valor de la justicia material, que exige el debido esclarecimiento de los hechos, así como la sustentación de la sentencia en la verdad procesal lícitamente obtenida –que se inserta a su vez en el derecho al debido proceso –; al señalar que en autos existen pruebas suficientes que acreditan la responsabilidad penal que se le atribuye al procesado. Así se observa que obra en autos material probatorio suficiente, para desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía al imputado desde el inicio del proceso. Cabe anotar entonces que se concluyó válidamente que el procesado es penalmente responsable por los delitos que se le imputan, en base a las siguientes consideraciones, que se derivan de la prueba actuada a lo largo del proceso y sobre todo en el juicio oral: **i)** Con su propia aceptación parcial de los hechos –en su manifestación policial de folios diecinueve, en presencia del representante del

Ministerio Público, el Acta de reconocimiento de folios cuarenta y tres (en la que reconoció a su coprocesado Damián Acuña), su declaración instructiva, de folios doscientos cincuenta y durante el plenario, a folios setecientos cincuenta y cinco vuelta, a lo que se suma que su coinculpado Richard John Damian Acuña en la ampliación de su declaración instructiva, de folios cuatrocientos noventa y dos, señaló haber recibido la tarjeta bancaria del recurrente-, en la que solo admite que sacó una tarjeta y se la entregó a su coprocesado por el pago de cuarenta y cinco nuevo soles, sin embargo, se estableció en autos que su participación en los hechos que se imputan en su contra fue activa. **ii)** La participación activa en los hechos del recurrente VARGAS GARCÍA, quedó demostrada además con las declaraciones persistentes y coherentes de su coprocesado **RICHARD JOHN DAMIÁN ACUÑA**, en la ampliación de su declaración instructiva, de folios cuatrocientos noventa y dos, en las que destacó que estuvo presente el día que Aldo Yonathan Vargas García, retiró el dinero del Banco y que entre todos acordaron intervenir en los hechos. Asimismo, en su confrontación con éste, obrante a folios cuatrocientos noventa y cuatro, Damián Acuña indicó a Vargas García que el dinero que le depositarían era ilegal. Además lo reconoció como la persona que aparece en la fotografía de folios sesenta y ocho. **iii)** Aun más, actuando como testigo impropio, Damian Acuña, en la confrontación llevada durante el juicio oral, a folios ochocientos tres, reitero que el recurrente conocía para qué se utilizarían las tarjetas y que incluso le recomendó amigos con la finalidad de proporcionarle tarjetas bancarias. **iv)** Como se observa su coprocesado lo vinculó abiertamente en los hechos, describiendo

que su participación fue activa, pues contrariamente a lo que afirma el procesado recurrente, no solo se encargó de proveerle una tarjeta bancaria a su coprocesado a cambio de un pago de cuarenta y cinco nuevos soles como afirmó en su defensa, sino que conforme a la declaración del testigo impropio, retiró el dinero que se depositó en su cuenta y además conocía de su procedencia ilícita. v) Pero aún más, la negativa del procesado de aceptar su participación en los hechos, al sostener que solo contribuyó en aperturar una cuenta bancaria y entregarle la tarjeta a su coprocesado, quedó desvirtuada plenamente, con el contenido del examen pericial fotográfico de folios sesenta y cuatro, que concluyó que, las muestras fotográficas de folios sesenta y uno y sesenta y dos, donde aparece una persona de sexo masculino retirando dinero de una agencia del Banco de la Nación, corresponde al encausado Aldo Yonathan Vargas García. Incluso en el Juicio Oral, a folios setecientos noventa y tres vuelta, el perito destacó que al hacer la superposición de las tomas, existían coincidencias físicas (orejas, nariz, ojos, boca, cabeza, distancia entre la frente) entre las imágenes y la persona del recurrente; por último, sostuvo que la contextura de la persona es variable conforme al tiempo. Por lo que cabe destacar que esta experticia claramente determina que el encausado procedió a retirar del cajero automático el dinero ilícitamente transferido a la cuenta bancaria que había abierto exproceso, en connivencia con sus coencausados, pues las características físicas de la persona que se aprecia en las imágenes de folios sesenta y uno y sesenta y dos, concuerdan de modo exacto con las fotografías que le fueron tomadas en la unidad policial, que obran a folios sesenta y siete, lo

que como se sostuvo, se determinó con la válida superposición de imágenes que se realizó en el señalado peritaje. Aunado a lo anterior, se tienen las declaraciones contradictorias en las que incurrió el inculpado, las mismas que no respetan una línea de coherencia y solidez narrativa frente al contexto histórico de los hechos probados, y revelan su intención de evadir su responsabilidad penal, pues si como afirma solo se encargó de proveer a sus coencausados de una tarjeta, como es que se le observó retirando el dinero ilícitamente transferido a su cuenta bancaria.

CUARTO. Sobre dicha base, es aplicable al caso el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco/CJ guion ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco, que establece las circunstancias que deben valorarse en las declaraciones de **coimputados**, testigos y agraviados, como son: "[...] ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, en cuanto a lo último, que debe observarse coherencia y solidez del relato y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso". Pues en las declaraciones del testigo impropio Damián Acuña, se observó que este aceptó su propia responsabilidad, pero además vinculó abiertamente a su coprocesado con los hechos, por lo que quedó descartado cualquier ánimo espurio en su incriminación.

QUINTO. En consecuencia el procesado incurrió en el tipo penal de Hurto agravado, que conforme a lo descrito por el artículo ciento

ochenta y cinco del Código Penal que regula el hurto simple, define la conducta delictiva del agente, en tanto en cuanto exista ánimo de lucro, en el apoderamiento ilegítimo de un bien total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra; que, a su vez, sobre esa base objetiva-subjetiva, el artículo ciento ochenta y seis del Código acotado configura el delito de hurto agravado incorporando un conjunto muy amplio de circunstancias agravantes –que destacan, básicamente, el modo, el lugar, el tiempo, la utilización de medios, entre otros, en que se realiza el apoderamiento mediante sustracción–, lo que importa estructurarlo como un tipo agravado del delito de hurto; que en el caso que nos ocupa se vio centrado por el acusador en los incisos seis del primer párrafo y tres del segundo párrafo de la figura delictiva agravada. Además, con su actuar activo se configuró lo descrito en el artículo doscientos siete – A del Código Sustantivo (Delito Informático).

SEXTO. Cabe anotar además, que en la sentencia recurrida se condenó además a su coincepado LUIS ANGELO MILLONES, a seis años de pena privativa de la libertad, y en anterior sentencia, a folios setecientos treinta y ocho, se condenó a Richard Damián Acuña por los delitos de hurto agravado, delito informático y asociación ilícita, a seis años de pena privativa de libertad, pues se sometió a la conclusión anticipada del juicio oral.

SÉPTIMO. Finalmente cabe destacar que conforme se aprecia de la acusación fiscal de folios seiscientos diez, se acusó al procesado recurrente como autor de los hechos y no como cómplice secundario, por lo que al haberse demostrado en autos, en base a

la prueba actuada que su participación en los hechos fue activa, pues no solo abrió una cuenta bancaria, en la que se transfirió el dinero ilícitamente obtenido mediante la clonación de una página web, sino también, se demostró válidamente, que se encargó de retirar el dinero trasferido a su cuenta de uno de los cajeros automáticos de la entidad agraviada, por lo que el título de participación (complicidad secundaria) que le concedió la Sala Penal Superior fue incorrecto, pues lo cierto es que actuó como coautor de los hechos. Más aún, si se le impuso al recurrente una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente en su ejecución, por lo que sus derechos procesales no se vieron mellados de modo alguno, al condenarlo como autor, lo que solo constituyó un error material, pues le correspondía claramente, conforme al contenido de la acusación y la prueba actuada, la condición de coautor, por lo que sus agravios no resultan atendibles. Sin embargo, la pena impuesta no puede aumentarse por la prohibición de la reforma en peor, como se determinará a continuación.

OCTAVO. Para la dosificación punitiva, o para los efectos de imponer una sanción penal, el legislador estableció las clases de pena y el *quantum* de estas; por consiguiente, se señalaron los criterios necesarios para que el juzgador pueda individualizar judicialmente la pena y concretarla. Dentro de este contexto, se debe observar el principio de proporcionalidad que nos conduce a establecer el daño y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable, bajo el criterio de la individualización, a fin de cuantificar la gravedad del delito, su modo de ejecución, el



peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del imputado, conforme lo dispone el artículo cuarenta y seis del Código Penal. Asimismo, se debe tener en cuenta la forma y circunstancias de la comisión del delito. Sin embargo, estando al *quantum* de la pena impuesta, se observa que esta resulta indulgente y no responde a la gravedad de los hechos materia de juzgamiento. No obstante, en la medida que el representante del Ministerio Público no cuestionó recursalmente este pronunciamiento, no se puede afectar el principio de interdicción de la reforma peyorativa, en tanto esta instancia Suprema solo fue habilitada por el encausado. Por último, la reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal –civil y penal– protege el bien jurídico en su totalidad así como a la víctima, y debe guardar proporción con el daño causado, sin que en la concreción de su monto deba advertirse las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que esta se orienta a reparar e indemnizar al agraviado por el daño generado por la conducta del responsable. Cabe anotar que la reparación civil fijada en la recurrida, se aplicó proporcionalmente al daño causado y respeta lo dispuesto por el artículo noventa y tres del Código Penal –la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios–.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, y en consideración al mérito de las pruebas incorporadas durante el proceso, y particularmente en el juicio oral, el Supremo Colegiado acordó: declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de folios novecientos ocho, del catorce de agosto de

dos mil doce, que condenó a Aldo Yonathan Vargas García, por la comisión del delito contra el Patrimonio - Hurto agravado, en agravio de Lucy Betty Villafuerte Salas; y por el delito contra el Patrimonio – Delito Informático, en agravio del Banco de la Nación; a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el periodo de prueba de tres años; y fijó en tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberán pagar los sentenciados a favor de la agraviada Lucy Betty Villafuerte Salas y dos mil nuevos soles que deberán abonar los sentenciados a favor del Banco de la Nación. Intégrese la recurrida para tener al procesado como coautor de los hechos. Con lo demás que contiene y es materia del recurso. Y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo, por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

S. S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO

HPT/lfr

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

29 ABR 2014