

**Declaración inculpativa idónea del
coimputado**

Sumilla. La declaración inculpativa del agraviado, realizada dentro del marco del Acuerdo Plenario número cero dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, tiene entidad para ser considerada como prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado.

Lima, siete de junio de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad formulado por la defensa técnica del sentenciado don Marco Antonio Castañeda Dávila (folios setecientos nueve a setecientos once); con los recaudos adjuntos.

Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de diecisiete de mayo de dos mil diecisiete (folios seiscientos setenta y tres a setecientos tres), emitida por los señores jueces de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en que condenaron a don Marco Antonio Castañeda Dávila, como coautor del delito de robo agravado, en grado de tentativa, en perjuicio de doña Leidi Vanessa Cárdenas Alzate, don Manuel Fermín Pérez Cardona y don Alejandro Osorio Gonzáles; a nueve años de pena privativa de la libertad, y fijaron en quinientos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar solidariamente a favor de cada agraviado¹.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte recurrente, solicitó se lo absuelva de la acusación fiscal, en mérito a que:

2.1. No existió debida valoración de los medios probatorios; puesto que fue condenado sobre la base de las declaraciones

¹ Cabe precisar que el encausado don Luis Armando Vigil Atoche fue absuelto del cargo imputado en la acusación fiscal. Tal extremo quedó consentido.

contradictorias de los coprocesados don Yefferson Tenazoa Torres y don Ricardo Torres Zea, quienes preliminarmente negaron conocerlo, a escala de instrucción indicaron que manejó el vehículo que los transportó; además, tuvo conocimiento del ilícito que iban a perpetrar; lo que en el juicio oral fue negado (rectificado).

2.2. No existió certeza sobre la responsabilidad penal, vulnerándose la presunción de inocencia.

3. SINÓPSIS FÁCTICA

Conforme la acusación y requisitoria fiscal, se imputó al procesado coautoría en el delito de robo agravado.

El veinticinco de setiembre de dos mil quince, aproximadamente a las once horas y treinta minutos, el señor Castañeda Dávila transportó a los coprocesados don Yefferson Tenazoa Torres y don Ricardo Torres Zea y a un tercer varón en el automóvil Hyundai modelo Accent, con placa de rodaje número C nueve M-cero cinco uno, los dejó en las afueras del inmueble ubicado en el jirón Eusebio Gálvez número cuatrocientos treinta y nueve, en la cooperativa La Unión, en el distrito de San Martín de Porres y se estacionó a media cuadra de la vivienda. Fue así, que efectivos policiales de la División contra el Robo de la PNP, al ser alertados que a dicho inmueble llegarían varias personas en un vehículo a perpetrar el ilícito materia de análisis se constituyeron y al observar que el vehículo conducido por el procesado presentaba las características ofrecidas por los informantes procedieron a intervenirlo. El encausado hizo caso omiso al llamado de los señores policías y en el intento de fugar subió a la vereda y colisionó contra una tranquera por lo que fue capturado.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante SN)

1.1. En el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal (en adelante CP), se sanciona el delito de robo agravado, con pena no menor de doce ni mayor de veinte años, cuando se comete en inmueble habitado (inciso uno), a mano armada (inciso tres) y con el concurso de dos o más personas (inciso cuatro).

1.2. El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

1.3. En el artículo trescientos dieciocho del Código Procesal Penal, se establece que:

“1. Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto. La Fiscalía de la Nación dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para garantizar la corrección y eficacia de la diligencia, así como para determinar el lugar de custodia y las reglas de administración de los bienes incautados.

2. Sin perjuicio de lo anterior, si se trata de incautación de bienes muebles se procederá de manera que se tomen bajo custodia y -si es posible- se inscribirá en el registro correspondiente. Si se trata de bienes inmuebles o de derecho sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva. De igual forma, se procederá cuando se dicte la medida de incautación sobre bienes inscribibles. Cuando los bienes incautados no se encuentren a nombre del inculpado se inscribirá dicha medida cursándose los partes a los Registros Públicos, debiendo el funcionario competente proceder conforme al mandato judicial”.

1.4. En la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número mil sesenta y dos guion dos mil cuatro, del veintidós de diciembre de dos mil cuatro, se precisó que:

“La apreciación del testimonio comprende el análisis global de todo lo dicho en el curso del proceso en sus diferentes etapas, por lo que si las retractaciones no tienen fundamento serio y las declaraciones en la investigación son circunstanciales y sin defecto que los invaliden, constituyen medios de prueba que deben ser tomados en cuenta, de suerte que el aporte fáctico que proporcionan justifica, en función al análisis global de la prueba, la conclusión inculpativa a la que arriba”.

1.5. En el fundamento undécimo, del Acuerdo Plenario número cero cinco guion dos mil quince oblicua CJ guion ciento dieciséis (emitido en el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas Penales), del dos de octubre de dos mil quince, se precisó que:

“Desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de armas (posibilidad de daño o peligro concreto), evaluado *ex post (sic)*, sin tener en cuenta la real complejidad e intensidad del ataque e ignorando los efectos psicológicos producto de la agresión, la especial posición intimidatoria del agente, el grado de indefensión a la libertad que efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad”.

Mientras que en el fundamento duodécimo, se señaló que:

“Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentado eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo”.

SEGUNDO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1. En el presente proceso los coprocesados don Yefferson Tenazoa Torres y don Ricardo Torres Zea se sometieron a los alcances de la conclusión anticipada y fueron condenados a ocho años de pena privativa de libertad², quedó consentida.

2.2. La materialidad del delito quedó acreditada con el acta de registro personal³ y vehicular (en que se halló debajo del asiento del copiloto una granada de uso manual, tipo piña, con código ocho, tres, cero, uno GPM siete, cinco)⁴, puesto que el encausado fue encontrado dentro del vehículo.

2.3. El encausado negó su responsabilidad en el suceso, no obstante, en autos obran las declaraciones inculpativas de los coprocesados (Tenazoa Torres y Torres Zea)⁵, quienes preliminarmente negaron conocerlo; sin embargo, a escala de instrucción –luego de que ambos reconocieron la intervención en el ilícito– indicaron, Tenazoa Torres: “Lo conozco porque hace colectivo”⁶; mientras que Torres Zea dio más detalles: “Me encuentro con el señor Castañeda, él tenía carro, en eso salió mi sobrino (Tenazoa Torres) y me dijo para ir a hacer “una chiquita”, esto es, robar, y fuimos los tres con dirección a San Martín de Porres”, y ante la pregunta de qué participación tuvo el encausado respondió: “Él era el chofer, pero sabía que íbamos a robar, nos esperaba afuera del departamento, a media cuadra. Castañeda sabía lo que íbamos a hacer”. Luego precisó: “Cuando llegamos al lugar le dijimos que nos espere cerca porque íbamos a ver una casa para entrar a robar”⁷ (aunque se rectificaron en el plenario este Supremo Colegiado comparte la opinión de la Sala Superior Penal, esto es, que no resultan creíbles las

² Ver sentencia de folios quinientos sesenta y tres a quinientos setenta y tres.

³ Se precisó que conducía el vehículo marca Hyundai, modelo Accent, de placa de rodaje número C nueve M- cero cinco uno, y al notar la presencia policial, en el intento de huir pretendió atropellar al personal policial, quienes hicieron uso de sus armas de fuego hiriéndolo a la altura del brazo izquierdo. Ver el folio sesenta y siete.

⁴ Ver el folio sesenta y nueve. Se detalla las características del material de guerra en el Informe Técnico número doscientos setenta y nueve guion dos mil quince guion UDEX (Unidad de Desactivación de Explosivos) emitido por la Región Policial Lima, ver folio ciento treinta y uno.

⁵ No pudo ser reconocido por los agraviados debido a que su función no fue la de ingresar al inmueble sino conducir el vehículo que permitiría la huida de los coprocesados.

⁶ Ver los folios cuatrocientos diez a cuatrocientos once.

⁷ Ver los folios cuatrocientos veinticinco a cuatrocientos veintiocho.

versiones rectificatorias)⁸; y de los efectivos policiales que lo intervinieron (ofrecida en el juicio oral):

2.3.1. Don Hosmer Edmundo Mejía Piedra, indicó que por información confidencial tomaron conocimiento que se iba a perpetrar el asalto a ciudadanos colombianos, por tanto, cuando se dirigían con dirección a prestar auxilio vieron que el vehículo conducido por el procesado “quiso meterse” (entiéndase huir); por tal motivo, dispararon a la parte trasera del automóvil. La medida fue tomada luego de que hiciera caso omiso a la orden de estacionarse e intentar fugar del lugar⁹. Además que al registrar el vehículo se halló una granada de guerra “tipo piña”. Finalmente, precisó que antes de que se produzca la intervención contaban con las características del automóvil; además que el encausado al percatarse de la presencia policial intentó huir y subió con el vehículo a la vereda¹⁰.

2.3.2. Don Raúl Méndez Cancho, refirió que se encontraba en la esquina cuando pasó un vehículo seguido por una patrulla en un vehículo policial, el primero en el intento de fugar subió a la vereda y al intentar cruzar la tranquera los efectivos policiales bajaron del patrullero y le dispararon; finalmente, pudieron intervenirlos¹¹.

2.4. Los señores jueces supremos Salas Arenas, Quintanilla Chacón y Castañeda Espinoza, consideran que aunque hay posiciones diferentes respecto al delito de tenencia ilegal de armas y la tercera agravante del artículo ciento ochenta y nueve del CP resulta impropio subsumir el delito de tenencia ilegal de armas de fuego en el de robo agravado (con motivo de encontrarse descrita en la agravante del numeral tres. Ver SN 1.1.), por lo que estiman que tal supuesto está reservado para los casos del empleo de arma de fuego por persona autorizada¹².

⁸ Ver folios seiscientos veinticinco y seiscientos treinta y nueve.

⁹ El ponente estima que el uso policial de las armas de fuego que el Estado compra a quienes la portan deben hacerse con arreglo a ley.

¹⁰ Ver los folios quinientos noventa y siete a seiscientos uno.

¹¹ Ver los folios seiscientos doce a seiscientos diecinueve.

¹² El delito de tenencia ilegal de arma de fuego tiene configuración propia y existencia independiente, una interpretación distinta reduce artificialmente la carga de reproche de las conductas y banaliza la peligrosidad que representa la tenencia ilegal de arma de fuego

Aunque no es esta materia pacífica, la condena contempla tal circunstancia¹³. El arma de fuego fue hallada en poder de los procesados (que momentos usaron para despojar del dinero a las víctimas); que al no haber sido puesto en custodia de la SUCAMEC, corresponde hacerlo.

2.5. En atención a los argumentos antes plasmados, corresponde dejar firme la condena.

Respecto a la consumación del delito de robo agravado

2.6. Aunque no fue recurrido este Supremo Colegiado considera erróneo considerar que el delito de robo agravado quedó en grado de tentativa por haberse detenido a los procesados instantes después de la comisión del ilícito¹⁴, puesto que dicha interrogante ya quedó zanjado por la doctrina¹⁵.

La agraviada señaló que le sustrajeron nueve mil pesos colombianos, tres mil trescientos cincuenta soles y mil quinientos ochenta dólares americanos (precisó que los procesados no pudieron llevarse cinco mil doscientos noventa y ocho dólares americanos y setecientos diez soles debido a que alertados por los sonidos de las balas huyeron del departamento)¹⁶, y que solo le devolvieron nueve mil pesos conforme quedó plasmado en el acta de entrega de dinero¹⁷.

¹³ La tenencia ilegal de arma de fuego operativa, esto es, no autorizada era (antes del asalto), es (durante y después de él) un acto delictivo independiente. En el voto singular emitido, en el Recurso de Nulidad número tres mil ochocientos cincuenta y dos guion dos mil trece (del diecisiete de julio de dos mil catorce), precisó: "El delito de tenencia ilegal de armas, es de peligro abstracto y de mera actividad, por lo que se sanciona la posesión ilegítima del arma; mientras que el uso de arma en el delito de robo agravado, sanciona el "uso", sin tener en cuenta la legítima posesión, por lo que la consumación del delito de tenencia ilegal de arma precede a la ejecución del robo, pudiendo ser, incluso, posterior." Debió atribuirse además, el delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

¹⁴ Supuesto que fue esbozado por la Sala Superior en el juicio oral que terminó quebrado (folios quinientos treinta y uno a quinientos treinta y tres) y que luego fue ratificado por el señor Fiscal Superior, a pesar que en la acusación atribuyó el delito en grado de consumación.

¹⁵ Al respecto Salinas Siccha, Ramiro. En *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Editorial Iustitia, 2015, p. 1038, precisó que el delito de robo agravado se consume cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial, así como parte de lo sustraído (el tipo dice apoderamiento total o parcialmente ajeno, puesto que los coprocesados han indicado que la tercera persona –que no sería el absuelto– fue un familiar de ellos y quien se habría quedado con el dinero faltante), lo que sucede cuando se está persiguiendo al agente y resulta capturado en posesión de parte de las pertenencias expoliadas.

¹⁶ Ver declaración a escala preliminar de folios cincuenta y dos a cincuenta y cinco.

¹⁷ Ver el folio ochenta y cinco.

Decomiso de armas y granada

2.7. Las herramientas del delito tienen destino jurídico previsto en el Código Procesal Penal (ver SN 1.3.), las armas de fuego deben ser incautadas y remitidas a la autoridad competente para custodiarlas y luego disponerlas. Corresponde advertir que en lo sucesivo deberá ordenarse el decomiso definitivo de las armas incautadas sin propietario conocido.

2.8. En el presente caso es preciso disponer la investigación del paradero de las armas y la granada de guerra "tipo piña" incautada (ver actas de registro persona de folios sesenta y tres, sesenta y cinco, sesenta y seis y sesenta y nueve) y coordinar con la SUCAMEC-Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil su fin, puesto que esta entidad es la encargada de adoptar las decisiones reglamentarias pertinentes, conforme con los fundamentos expuestos en la presente Ejecutoria Suprema.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDARON:**

I. Declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia del diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, emitida por los señores jueces de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que condenaron a don Marco Antonio Castañeda Dávila, como coautor del delito de robo agravado, en grado de tentativa, en perjuicio de doña Leidi Vanessa Cárdenas Alzate, don Manuel Fermín Pérez Cardona y don Alejandro Osorio Gonzáles; a nueve años de pena privativa de la libertad, y fijaron en quinientos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar solidariamente a favor de cada agraviado.

II. INTEGRAR la sentencia recurrida, **ORDENANDO** el decomiso definitivo de las pistolas CZ Browning, nueve milímetros corto, número de serie erradicado, semiautomático (desabastecida) de fabricación Checoslovaca y Baikal, nueve milímetros corto, con número de serie POT siete mil ochocientos cuarenta y ocho, semiautomático (desabastecida) de fabricación rusa; el revólver Ranger sesenta y cuatro milímetros, calibre treinta y ocho SPL, número de serie erradicado, de fabricación argentina; y la granada de uso manual, tipo piña, con código ocho, tres, cero, uno

GPM siete, cinco, conforme a los fundamentos expuestos en la presente Ejecutoria Suprema.

III. PROCEDA el órgano competente a regularizar la incautación y/o la remisión de automóvil marca Hyundai, modelo Accent, con placa de rodaje C nueve M-cero cinco uno; al ámbito que corresponda. Hágase saber.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

JS/marg