



Universidad
Señor de Sipán

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME
EL DELITO DE PORTE DE ARMAS DE FUEGO”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Cortez Aurazo, Jose Carlos

<https://orcid.org/0000-0002-9848-8862>

Asesor:

Mg. Fernandez Altamirano, Antony Esmir Franco

<https://orcid.org/0000-0002-1495-4556>

Línea de Investigación:

Ciencia Jurídicas

Pimentel – Perú

2023

**EL DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME EL DELITO DE PORTE DE
ARMAS DE FUEGO**

Aprobación del jurado:

Bach. Cortez Aurazo, Jose Carlos

Autor

Mg. Fernandez Altamirano, Antony Esmir Franco

Asesor

Dr, Gonzales Herrera, Jesús Manuel

Presidente

Mg. Rodas Quintana, Carlos Andree

Secretario

Mg. Cabrera Leonardini, Daniel Guillermo

Vocal

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la **DECLARACIÓN JURADA**, soy egresado del Programa de Estudios de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipán S.A.C, declaro bajo juramento que soy autor del trabajo titulado:

EL DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME EL DELITO DE PORTE DE ARMAS DE FUEGO

El texto de mi trabajo de investigación responde y respeta lo indicado en el Código de Ética del Comité Institucional de Ética en Investigación de la Universidad Señor de Sipán (CIEI USS) conforme a los principios y lineamientos detallados en dicho documento, en relación a las citas y referencias bibliográficas, respetando al derecho de propiedad intelectual, por lo cual informo que la investigación cumple con ser inédito, original y autentico.

En virtud de lo antes mencionado, firmo:

Cortez Aurazo Jose Carlos	DNI: 76474460	
---------------------------	---------------	---

Pimentel, 18 de julio de 2023.

* Porcentaje de similitud turnitin:18%

NOMBRE DEL TRABAJO	AUTOR
CORTEZ AURAZO - TURNITING 24 DE JULIO 2023.docx	CORTEZ AURAZO CARLOS
RECuento de PALABRAS	RECuento de CARACTERES
16423 Words	83493 Characters
RECuento de PÁGINAS	TAMAÑO DEL ARCHIVO
54 Pages	77.4KB
FECHA DE ENTREGA	FECHA DEL INFORME
Aug 18, 2023 9:58 AM GMT-5	Aug 18, 2023 9:59 AM GMT-5

● 18% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base

- 17% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 9% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Cross

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)
- Material citado

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a mi padre José Luis Cortez Correa por haberme criado con valores que permitieron ser el hombre que hoy por hoy soy, con aciertos y desaciertos, por haberme dado siempre la mano, la solución y salida a las adversidades, por haberse sacrificado tanto e incluso inhumanamente para que nunca me faltase nada, por las amanecidas y los francos renunciados para poder estar más tranquilos en casa, a él todos mis logros.

A José Gil por ser mis compañero de vida, por la atención, complicidad, amor, paciencia, cariño, soporte y afecto. A Gil, Carmen, Carlos y Domitila, por haber deseado desde mi niñez, que llegue a ser un profesional.

A Nadyn Ramos, por haber sabido estar en los malos y buenos momentos y también en la dura época universitaria, por haber siempre procurado que todo marche bien, por creer y estar convencida que soy el mejor, aunque eso no sea cierto. Por haber sido soporte, por el afecto, por haber sido mi mejor psicóloga en mi etapa más dura, y sobre todo, por seguir estando pese a los errores.

A mi amada Madre Fanny Aurazo Guerrero, a quien le otorgo un párrafo independiente para ella solita, (y el más importante), para poder expresar mi gratitud por haberme dado la vida, por haberme cuidado, y por haber sido siempre mi soporte, y que sé que desde la inmensidad ha de estar cuidándome y guiándome. A ella mi gratitud, por las horas sin dormir, por las tantas calles caminadas, por querer darme siempre lo mejor, sólo con un único objetivo, que sus hijos estén donde están ahora.

Cortez Aurazo, Jose Carlos.

AGRADECIMIENTOS

A Jairo Alexander Montoya Torres por haberme puesto en el camino el tema de investigación. A Francisco Drexler, Javier Quiroz, Rodolfo Albújar y Rodolfo Portalatino por haberme hecho crecer académicamente en esta rama, que es mi pasión.

Un especial agradecimiento a José Luis Samillán Carrasco y Carlos Andree Rodas Quintana por su amistad y por haberme forjado correctamente en mi vida universitaria.

Cortez Aurazo, Jose Carlos.

RESUMEN

El objetivo de la presente tesis fue describir y analizar los delitos de Robo Agravado y Porte de Armas de Fuego, a efectos de poder determinar la forma correcta en la que deben concursar éstos cuando en una *notitia criminis*, aparezca que el agente cometió el delito de Robo, usando un arma de fuego para el cual no contaba con licencia para portarla.

En ese sentido, tenemos que la problemática que dio origen a esta investigación, radica en la existencia de tres posiciones doctrinales y jurisprudenciales distintas, respecto al tema: a) Concurso Aparente de Leyes, b) Concurso Ideal y c) Concurso Real. Respecto a esto, se tuvo que analizar cada tipo penal inmerso en la problemática, así como las figuras jurídicas que sustentan las tres posturas respecto al tema, para lo cual fue necesario estudiar y analizar los delitos inmersos en la problemática, a fin de poder determinar tanto su naturaleza jurídica, como sus elementos objetivos del tipo y momento consumativo.

Así, las cosas y luego de también tener realizadas las entrevistas a Jueces y Fiscales especializados en materia Penal, se llegó a determinar que realmente existe un problema de interpretación que viene siendo arrastrada durante décadas, lo cual conlleva a que estos apliquen de forma errónea –ya procesalmente hablando- la forma de concursar los Delitos antes señalados, por lo que se obtuvo como resultado que la forma correcta en la que deben concursar estos delitos, es mediante un Concurso Real de Delitos, evitando así la impunidad del Delito de Porte de Armas de Fuego, problemas procesales, y desproporcionalidad en la pena del sentenciado.

Palabras Clave: Robo, Porte, Armas, Fuego, Concurso, Real, Aparente, Ideal

ABSTRACT

The objective of this thesis was to describe and analyze the crimes of Aggravated Robbery and Firearms, in order to determine the correct way in which they should compete when in a *notitia criminis*, it appears that the agent committed the crime of Robbery, using a firearm for which he did not have a license to carry it.

In that sense, we have the problem that gave rise to this investigation, lies in the existence of three different doctrinal and jurisprudential positions on the subject: a) Apparent Competition of Laws, b) Ideal Competition and c) Royal Contest. Regarding this, it was necessary to analyze each criminal type immersed in the problem, as well as the juridical figures that support the three positions on the subject, for which it was necessary to study and analyze the crimes immersed in the problem, in order to be able to determine both its legal nature, as well as its objective elements of the type and consumative moment.

Thus, things and after having also conducted interviews with judges and prosecutors specializing in criminal matters, it was determined that there really is a problem of interpretation that has been dragged on for decades, which leads to their misapplication - and procedurally speaking - the way of contesting the aforementioned crimes, so it was obtained as a result that the correct way in which these crimes must compete, is through a Royal Contest of Crimes, thus avoiding impunity of the Crime of Porte de Armas of Fire, procedural problems, and disproportionality in the sentence of the sentenced.

Keywords: *Aggravated robbery, carrying firearms, Royal Contest, Apparent Contest, Ideal Contest, Plenary Agreement.*

ÍNDICE

Contenido

Aprobación del jurado	ii
DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
ÍNDICE	viii
I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. Realidad problemática.....	12
1.2. Formulación del problema	17
1.3. Hipótesis.....	17
1.4. Objetivos.....	18
1.5. Teorías relacionadas al tema	18
1.5.1. Teoría del Delito.....	18
1.5.1.1. Concepto de Delito.....	18
1.5.1.1.1. Niveles de la Imputación Penal	18
1.5.1.1.1.1. Niveles de la imputación por el hecho	19
A. Tipo	19
B. Antijuridicidad	19
1.5.1.1.1.2. Niveles de la imputación Personal.....	20
A. Culpabilidad	20
1.5.2. Teoría de la Pena	20
1.5.2.1. Teorías Absolutistas	20
1.5.2.2. Teorías Relativas.....	20

1.5.2.2.1. Prevención General.....	21
1.5.2.2.2. Prevención Especial.....	21
1.5.2.2.3. Teorías Mixtas.....	22
1.6. Principios relacionados con el tema.....	23
1.6.1. Principio de Legalidad.....	23
1.6.1.1. Garantías que implican el principio de legalidad.....	23
1.6.1.1.1. Nullum Crimen sine lege certa.....	23
1.6.1.1.2. Nullum crimen sine lege previa.....	24
1.6.1.1.3. Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta.....	24
1.6.1.1.4. Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.....	24
1.6.2. Principio de Lesividad.....	25
1.6.3. Principio de Subsidiaridad.....	25
1.6.4. Principio de racionalidad y humanidad de las penas.....	26
1.6.5. Principio de Proporcionalidad.....	26
1.6.6. Principio de Presunción de inocencia.....	26
1.6.7. Principio de Especialidad.....	27
1.6.8. Principio de Consunción.....	27
1.7. De los Delitos inmersos en la Problemática.....	27
1.7.1. Robo.....	27
1.7.1.1. Naturaleza del Delito de Robo.....	28
1.7.1.2. Tipicidad Objetiva.....	28
A. Acción de Apoderar.....	29
A.1. Ilegitimidad del Apoderamiento.....	29
A.2. Acción de Sustracción.....	29
B. Bien Mueble.....	29
B.1. Bien Total o Parcialmente ajeno.....	30
C. Violencia o Amenaza.....	30

D. Bien Jurídico protegido	30
E. Consumación.....	31
F. El numeral 3 del art. 189° CP (Robo a mano armada)	31
1.7.2. Porte de Arma de Fuego	32
A Conducta Típica	32
B. Sujeto Pasivo.....	32
C. Bien Jurídico.....	32
D. Irregularidad e ilegalidad.....	32
1.7.3. Concurso de Delitos y Leyes	33
A. Concurso Ideal de Delitos	33
B. Concurso Real de Delitos.....	34
C. Concurso Aparente de Leyes	34
1.7.4. De las Posiciones Dogmáticas respecto al Tema	35
II. MATERIALES Y MÉTODO.....	41
2.1 Tipo de estudio y diseño de investigación.....	41
2.2 Escenario de estudio	41
Es el sistema de administración de justicia en el ámbito penal, en sus diferentes etapas dentro del proceso penal, aplicado por los distintos operadores jurídicos.....	41
2.3 Caracterización de sujetos.....	41
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	42
2.4.1 Técnicas de recolección de datos.....	42
2.4.2 Instrumentos de recolección de datos.....	42
2.5 Procedimientos para la recolección de datos.....	42
2.6 Procedimiento de análisis de datos.....	42
2.7 Criterios éticos.....	43
III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	44

3.1	Resultados	44
	MAGISTRADOS ENTREVISTADOS	44
3.2	Discusión	55
3.3	Aporte de la investigación (opcional)	61
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	65
3.1.	Conclusiones	65
3.2.	Recomendaciones	65
	REFERENCIAS	66
	ANEXOS	69

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática.

La criminalidad en cuanto a robos, ha incrementado notablemente. Diariamente se observa en noticias de prensa, asaltos, “marcas”, grupos criminales, cogoteos, etc. ¿cuál es el factor común?, que en todos estos, siempre hay presencia de arma de fuego para ejecutar el delito.

En nuestra localidad, Lambayeque, según los últimos informes técnicos estadísticos del INEI (2021), se tiene que, entre el periodo comprendido desde noviembre de 2019 hasta abril de 2021, el 14,7 de habitantes se ha visto afectado por la delincuencia común (Hurto y Robo de pertenencias), y de este porcentaje el 12,9 de víctimas se han visto doblegadas por la intimidación que produce la representación de un arma de fuego al momento del evento delictivo.

De por sí, el arma de fuego en un hecho delictivo proviene del Tráfico de armas clandestino que afecta nuestro país. Esto, sumado a otros factores sociales, nos llevan a un solo punto: Inseguridad, aunque lo peor está después, una situación que es antiquísima y resulta ser el acto delictivo más frecuente en la sociedad, lo que no ha podido ser resuelto por los magistrados.

El robo agravado, en su especial figura de “a mano armada”, en la cual el arma que se utiliza es de fuego, y que la misma no se encuentra permitida para la utilización en el agente.

Estamos convencidos que la mala práctica judicial, o la deficiente administración de justicia, está estrictamente ligado al crecimiento o decrecimiento de la actividad delictiva en el mundo. Para nadie es un secreto que, operadores jurídicos de todo el mundo –y del país- administran justicia mecánicamente, lo cual es tan peligroso como la corrupción misma, pues muchas veces, el operador jurídico, se deja llevar por las corrientes mayoritarias, sin siquiera cuestionarse si realmente dichos razonamientos siguen siendo aplicables en la actualidad.

Esta realidad social, también ha sido advertido por países vecinos como Chile, por ejemplo Villegas, M. (2020), ha sostenido que en efecto existiría un

Concurso aparente de Leyes, en tanto que darle una interpretación distinta, afectaría al principio Ne bis in ídem. Llama la atención en este punto, la afirmación que la autora realiza, pues precisa que de realizar una modificatoria legislativa, el reproche por la afectación al referido principio, también alcanzaría al legislador.

Por otro lado, las estadísticas nacionales, llegan a confirmar lo que todos los peruanos observamos en noticieros y diarios nacionales. Desde noviembre del 2020 hasta abril del 2021 se ha reportado que, de los habitantes afectados de 15 años en el Perú, el 12.1% es víctima por arma de fuego. Ello refleja que, a nivel de capitales de 20,000 ciudadanos, el porcentaje señalado se ve perjudicado por el mismo delito (INEI,2021).

Como se aprecia, los indicadores estadísticos, permiten advertir que existe un común denominador en las acciones desplegadas por los agentes delictivos, esto es utilizar un arma de fuego al momento de efectuar un despojo de pertenencias a su víctima (robo). Al respecto, se ha sustentado en varias ocasiones que ambos hechos delictivos, no pueden ser atendidos por figuras independientes. Por el contrario, los magistrados han indicado que el tipo penal Porte o uso de armas de fuego (279-G), está regulado en el numeral 3 del artículo 189° Robo Agravado, sosteniendo que se emplea el arma para concretar un robo, vulnerando el ne bis in ídem, concurso ideal, o que es un concurso aparente de leyes.

La dificultad se encuentra en la explicación y aplicación en el juicio penal, afectando la seguridad y coadyuvando que el delito quede impune. Postura errónea asumida por magistrados que se observa en distintos trabajos de investigación, como en pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales.

En ese sentido, el Portal Jurídico LP (2018), ha publicado la sentencia recaída en el expediente N° 1414-2018, donde el primer juzgado de investigación preparatoria ha sostenido que si el agente luego de cometido el robo agravado – entendiéndose con arma de fuego- continúa poseyendo dicha arma, también configurará la Tenencia Ilegal de Armas.

Esta posición ha sido ratificada en el 2019 con la publicación del Recurso de Nulidad N° 1694-2009 – Huancavelica. La Sala Penal recoge el razonamiento que no existe mérito alguno para superar una etapa de Juicio Oral, por Tenencia Ilegal de Armas, en tanto que el delito señalado, se subsume en el tipo penal de Robo Agravado, no siendo posible considerarlo como delitos independientes.

Asimismo, el Portal Jurídico LP (2021) ha publicado la resolución del expediente N° 3852-2013, en el que se razona conforme a los fundamentos anteriormente descritos. Lo particular de este pronunciamiento jurisprudencial, es que el juzgador razona indicando que la Tenencia Ilegal de Armas, constituye per se la fuente de la circunstancia agravante específica del Robo Agravado.

Del mismo modo, Tello, J. (2017), en su investigación realizó un análisis profundo respecto a la relación concursal que mantienen estos dos delitos, y en base a la doctrina y jurisprudencia concluyó que existe una relación de concurso aparente de leyes, pues según refiere, el Robo Agravado comprende y engloba la antijuridicidad de la Tenencia Ilegal. Así también indica se vulnera el principio ne bis in ídem, al condenar al individuo por dos delitos, pese a que cometió uno. Según el autor solamente habría un concurso real cuando el Agente no haya utilizado el arma de fuego al momento del consumir el robo. Asumir la teoría del Concurso Real, sería desnaturalizar el fundamento de la Tenencia ilegal en el Derecho Penal Peruano, sin embargo, no sostiene el porqué.

Otra posición la tiene Peña J. (2017), quien refiere que el empleo de un arma de fuego (entendiéndose que el portador no cuenta con permiso para portarla), luego de haber cometido un robo, no existiría problema alguno en sostener que se configuraría un Concurso Real de Delitos, dado a que en este caso, se encuentran demasiado marcado los momentos consumativos del delito.

Esta problemática también se ha advertido a nivel local (Región Lambayeque), pues en una región como la nuestra, donde se administra justicia dejándose llevar por las corrientes mayoritarias, siempre surgirán confrontaciones de posiciones. Así por ejemplo, Dueñas, A. y Oblitas M. (2015) en su estudio ha

concluido que hay una deficiencia normativa sobre tipificar la tenencia de arma en el Delito de Robo Agravado.

La afectación a una correcta administración de justicia se ve reflejada cuando se establece la sanción, debido a que suele considerarse solamente el robo agravado (dependiendo del caso), lo cual limita la penalidad de 12 a 20 años de prisión; sin embargo, si se toma el criterio de postular la Tenencia Ilegal de armas como hecho delictivo independiente al Robo, se elaboraría un nuevo marco punitivo, y mediante un concurso real de delitos, se llegaría a una pena mínima 22 y una máxima de 35 años.

En Chiclayo, Alarcon, Z. (2019), realizó una investigación donde justamente expone uno de los problemas que el autor plantea con el presente trabajo de investigación. Detalla un Juicio Oral llevado a cabo, como consecuencia de la remisión de copias certificadas de un anterior proceso, contra el mismo acusado, por el mismo hecho, pero por el delito de robo agravado. En esta sentencia se deja en evidencia que, en un primer momento, se condenó a pena efectiva al acusado de la presente causa, sin embargo, se instauró un nuevo proceso penal por la tenencia ilegal de armas, toda vez que en el primer juicio, no se analizó tal conducta delictiva, pues no fue advertida por el Juzgado Colegiado, ni postulado por el Fiscal.

También en Chiclayo, Solano, R. (2018), en su Producción Jurídica para la Corte Superior de Justicia, ha desarrollado un análisis acerca de si realmente la tenencia a la que se hace referencia está subsumida en el delito Robo cometido a mano armada. Concluye que: a) El momento consumativo de ambos delitos ocurre en momentos distintos. La consumación de la tenencia ilegal se realiza con anticipación al robo agravado, descartando que ambos delitos ocurran en un solo momento. b) Refiere que lo manifestado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, está equivocada, discrepando con ello y a la vez sostiene que ambos delitos tienen diferente naturaleza jurídica, y deberían ser procesados como dos delitos independientes.

Dueñas, A. y Oblitas M. (2015) en su tesis en la Universidad Señor de Sipan,

concluyeron que: Que existe un vacío legal respecto a la tipificación del arma de fuego en el Delito de Robo Agravado.

Tello, J. (2017), en su investigación aportada al Libro Robo y Hurto de Gaceta Jurídica, realizó un análisis profundo respecto a la relación concursal que mantienen estos dos delitos, y concluyo que: a) Existe una relación de concurso aparente de leyes, pues según refiere, el Robo Agravado comprende y engloba la antijuridicidad de la Tenencia Ilegal b) Se vulneraría el ne bis in ídem material, al condenar al sujeto por dos delitos cuando se trata de uno. c) Solamente habría un concurso real si el Agente no haya utilizado el arma de fuego al momento del consumir el robo. d) Asumir la teoría del Concurso Real, sería desnaturalizar el fundamento de la Tenencia Ilegal en el Derecho Penal Peruano, sin embargo, no sostiene el porqué.

Mena, F. (2017), en su investigación realizada en la Universidad de Piura, en la cual arriba Que hay concurso aparente de leyes entre el Robo Agravado y la Tenencia Ilegal de Armas, siendo necesario dos presupuestos: el primero que el arma se encuentre en estado óptimo, y que el sujeto no tenga licencia para portar la misma.

Nuereña, C. (s/f), en su artículo jurídico sostiene que: a) El delito de robo agravado es muy común. B) Que se consuma el robo en el momento en que el sujeto tiene en su poder el bien apoderado, con la presencia de una disponibilidad inmediata o potencial del mismo.

Eloísa, M. (s/f), en su artículo jurídico señala que el concurso Real de delitos se puede dar en su figura homogénea y heterogénea.

Espinoza, D., (2015) en su tesis para la PUCP concluye que el mal control de emisión de armas en el Perú fortalece la delincuencia.

Lara, N. (2007), en la Tesis elaborada para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Universidad de Chile, sostiene: a) tanto el

robo agravado como la tenencia ilegal son delitos independientes, pues atacan bienes jurídicos diferentes y su consumación se genera en oportunidades distintas.

b) Realiza una comparación, con el Homicidio, lesiones y otros, en los que también se utiliza un arma de fuego, alegando que, en estos, no se podría alegar un Concurso Ideal de Delitos. c) La Tenencia Ilegal de armas se consuma cuando se cuenta con un arma de fuego para el cual no autorizado.

Petean, J. (S/F), en su investigación realiza un análisis respecto a cual es la forma correcta que deben concursar estos delitos, y refiere que:

- a) En los casos en los que se demuestre que el arma era portada antes de cometer el robo, deberá procesarse como concurso real de delitos.
- b) Precisa que la misma postura debe tomarse cuando el agente posea el arma con posterioridad al robo.

En argentina, por el contrario, la Cámara Nacional de Apelaciones emitió una sentencia de segunda instancia, en donde el razonamiento sostenido por el Juzgado Colegiado, es el mismo que el que se postula en este estudio. En esta sentencia superior, el colegiado Penal, condena por el Robo Agravado en concurso real con el delito de Tenencia Ilegítima de Arma de Guerra.

1.2. Formulación del problema

¿La relación concursal que relacionan los Delitos de Robo Agravado y Porte de Arma de Fuego es de un Concurso Aparente, ideal o Real?

1.3. Hipótesis

Mediante un pronunciamiento Doctrino-Jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú se debe buscar la uniformidad de criterio respecto a que la forma correcta en que deben concursar los delitos de Robo Agravado (A Mano Armada) y Porte de Armas de Fuego, es mediante un Concurso Real de Delitos Heterogéneo, para así evitar la impunidad del delito de Porte de Armas de Fuego en un proceso penal y la inseguridad Jurídica.

1.4. Objetivos

Objetivo general

Determinar la figura penal en la que concursan el Delito de Robo Agravado y el Delito de Tenencia Ilegal de Armas en una imputación.

Objetivos específicos

- Analizar, a través del Desarrollo de la presente investigación, el Tipo Penal de Robo Agravado.
- Analizar y desarrollar el Delito de Tenencia Ilegal de Armas.
- Plantear que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú emita un Pronunciamiento Doctrino-Jurisprudencial con la que se establezca que el Tipo penal de Porte o uso de armas de fuego es un delito independiente al delito de Robo Agravado, en los jueces y fiscales penalistas.

1.5. Teorías relacionadas al tema

1.5.1. Teoría del Delito

También llamada Teoría de la imputación penal, es aquella que busca definir las cualidades que deberá tener una conducta para ser considerado como delito.

Muñoz (citado por Villavicencio, 2016), refiere que ésta teoría sirve como un instrumento para ordenar los criterios y argumentos que se utilizaran en la solución de un determinado caso jurídico-penal.

1.5.1.1. Concepto de Delito

Comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, estas características, vienen a ser los elementos con los que se estructura un delito, siendo importante el orden antes señalado al momento de realizar el análisis de una conducta.

1.5.1.1.1. Niveles de la Imputación Penal

La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los niveles del delito que están ordenados estructuralmente para constituir una conducta punible como tal.

Villavicencio (2019) refiere que éstas dos primeras configuran un

injusto, sin embargo, se considera que esto no resulta suficiente para atribuir un delito, dado a que existen casos en los que se imputa al sujeto lo realizado, ejemplo las personas inimputables; o circunstancias en las que, pese a la clara existencia de un delito, la punibilidad no será posible, por ejemplo, en los casos donde aparezcan causas que excluyan o cancelen la punibilidad.

1.5.1.1.1.1. Niveles de la imputación por el hecho

A. Tipo

En este sentido es necesario diferenciar todas las instituciones que surgen del Tipo.

Al respecto el profesor Zaffaroni (2005), manifestaba que el tipo es el mero instrumento legal en el cual se describe la conducta prohibida, la cual ha sido realizada por el legislador. Tipicidad viene a ser el resultado de la corroboración de si la conducta desplegada por el agente corresponde a lo descrito en la norma. Finalmente se podría sostener que Típica es la conducta que reúne las características del tipo penal.

B. Antijuridicidad

Es el nivel que va de la mano con la tipicidad, de hecho se podría sostener que toda conducta típica es antijurídica, salvo que se presente causa de justificación alguna.

Villavicencio (2016) sostiene que uno de los supuestos para justificar la forma en que se lleva a cabo un hecho delictivo responde a la legítima defensa, si no es justificable la conducta, se confirma la antijuridicidad.

Jescheck (2002) refiere que la antijuridicidad es la mera contradicción al derecho, por ello el nombre jurídico que se le da a esta figura.

Villavicencio (2016), precisa que en la práctica la antijuridicidad es un pequeño proceso para determinar si a un caso determinado le

alcanza causa de justificación alguna.

1.5.1.1.1.2. Niveles de la imputación Personal

A. Culpabilidad

Este nivel del delito, tiene aspectos relativos a determinar si la conducta típica y antijurídica puede serle imputable causalmente al sujeto al que se le atribuye dicha conducta.

Esto estará ligado a si el sujeto puede ser pasible de una pena o es inimputable, si en su accionar se encuentra un error, o actuó por una situación de miedo insuperables.

1.5.2. Teoría de la Pena

La pena y el Derecho Penal, una estrecha relación que lleva al Estado, a olvidarse que éste se utiliza como un elemento de control social. Imaginémonos un Derecho Penal sin una teoría que permitan establecer los límites de aplicación de las penas, por ello, a través de la historia, han surgido distintas teorías acerca de la pena.

1.5.2.1. Teorías Absolutistas

La justicia es su valor principal, tanto así que la también llamada teoría clásica, le encuentra el sentido a la pena, como la forma de llegar a la justicia. El profesor Roxin (1989) manifestaba que, para los retribucionistas, la pena necesariamente debe existir.

Esta teoría se recoge en el libre albedrío, la cual plasma la capacidad que tiene un hombre de decidir entre el bien y el mal, es por ello que se habla de una “retribución”, pues se necesitará una pena para el hombre que decidió por el mal, ¿Cuál es la retribución? La pena.

1.5.2.2. Teorías Relativas

Son sino las más antiguas que se postularon, Villavicencio (2016) sostiene que responde a la finalidad de la pena y le asignan una utilidad social. Estas teorías postulan una enseñanza al hombre,

toda vez que tratan de representar ante éste que las penas tienen por finalidad de prevenir conductas lícitas.

Así como la teoría absoluta se basa en la retribución, esta teoría busca prevenir una mejor forma de utilizar la pena, para así buscar una solución social futura.

Esta teoría se contrapone a la teoría Absoluta, pues mientras en la absoluta que se basa en la retribución, mira al pasado; la relativa que se basa en la prevención, mira con mucha más importancia al futuro. Se puede realizar en un grupo social o individualmente al infractor.

1.5.2.2.1. Prevención General

Busca que la colectividad entienda, a través de la imposición de pena, que no se deben cometer delitos, Muarach (citado en Villavicencio, 2016), refiere que ésta prevención tiene tres etapas: primero, se representa la “amenaza” que conmina generalizadamente al grupo social a dejar de cometer delitos; la segunda etapa se da con el dictado de la sentencia, ya que mediante ésta se genera la intimidación de la sociedad, y tercero mediante la etapa ejecutora de la pena, se utilizará el sufrir del sentenciado para representar ante la sociedad, la consecuencia de cometer delitos.

Existe prevención general negativa y positiva: La primera es la forma en la que coaccionando psicológicamente, se pretende alejar a las personas de las comisiones de delitos, imponiendo penas. Esta postura ha sido bastante criticada, pues se dice que mediante ésta, se utiliza al hombre como objeto aprendiz de otros. En cuanto a la prevención General Positivo: a diferencia de la postura negativa, ésta posición busca que la sociedad tenga una actitud respetuosa hacia el derecho, al respecto Zaffaroni (2005) manifiesta que con esto la sociedad creará mucho más en sus instituciones y así reforzar la confianza en el sistema social.

1.5.2.2.2. Prevención Especial

También llamada individual. A través de ésta forma de prevención se busca inhibir a un individuo específico a que no siga cometiendo delitos, centrándose en la imposición y ejecución de penas, que en la conminación futura.

Aquí tal vez es el punto donde nace el famoso verbo “reeducar” al reo, en el cual se establece que uno de los fines de la pena es justamente, que de acuerdo a la peligrosidad del penado, se neutralice su conducta y se le corrija.

La prevención individual contiene una parte positiva y otra negativa:

b.1) Prevención individual positiva: En éste sentido, se busca dar un tratamiento penitenciario óptimo que permita su curación del ámbito delictivo.

b.2) Prevención individual negativa: éste aspecto prefiere mantener aislado al delincuente de las demás personas, quitando la igualdad que riega a todos los individuos, neutralizándolo de tal manera.

1.5.2.2.3. Teorías Mixtas

Conforme lo señala previamente el nombre de esta teoría, se ha adoptado cada característica importante de las teorías antes referidas.

En estas teorías, resaltan las teorías diferenciadoras y la Teoría unificadora Dialéctica

La primera fue postulada por Schmidhauser, y estudia la pena señalando que la finalidad de la pena es la prevención general, impidiendo la ejecución del delito en la medida de lo posible.

Muñoz (2004) refiere que la pena en sí, no persigue al criminal, sino a la sociedad, posición fundamentada en la búsqueda de la paz social.

La segunda teoría fue postulada por el profesor Roxin (citado por Villavicencio), quien explica que es necesario preservar el

aspecto más importante de cada teoría, tanto represiva como preventiva, y que en los casos de un conflicto entre la prevención general e individual, debe primar la última por ser de carácter constitucional.

1.6. Principios relacionados con el tema

1.6.1. Principio de Legalidad

Debe ser el techo de la punibilidad que quiera ejercer el estado, es la barrera para que se ejecute el poder penal, sólo cuando una conducta esté descrita en un texto normativo, tiene repercusión en el contexto sustantivo como procesal del derecho penal.

Villavicencio (2016), sostiene que el este principio proviene de la Constitución (1993) no es ajena a este principio, de hecho el mismo se plasma como un derecho constitucional, en el texto del artículo 2 numeral 20 que refiere que el acto u omisión que será condenado debe encontrarse plasmado en el texto normativo, de tal manera que se cumpla con el enunciado no hay crimen ni sanción, sin ley previa, lo que es una garantía, puesto que de esta forma el estado especifica el contenido de sus intervenciones de rigor. Al respecto Mantilla (citado por Villavicencio, 2016) refiere que en realidad éste principio cumple un doble papel garantista, pues se deberá precisar el delito y su sanción.

1.6.1.1. Garantías que implican el principio de legalidad

1.6.1.1.1. Nullum Crimen sine lege certa.

Está relacionado a que la descripción de la norma penal debe ser explícita y debidamente redactada.

García (2012), a esta garantía le denomina como la taxatividad de la ley, y sostiene que el legislador debe precisar la conducta sancionada y aplicable para así evitar el abuso por parte de la Administración de Justicia, quienes aprovecharían el encontrarse con leyes indeterminadas.

El legislador tiene el deber de que en los marcos normativos

que emita, fluya siempre el principio de Certeza. Esto no quiere decir que no deberá existir un cierto margen indeterminado en alguna figura, sin embargo, la redacción no debe causar incertidumbre. Villavicencio (2016).

1.6.1.1.2. Nullum crimen sine lege previa.

Para Villavicencio (2016) lo que busca como garantía este precepto es la seguridad jurídica, ya que es necesaria para un buen control social, que el ciudadano sepa que conducta está estipulada como delito dentro de un ordenamiento jurídico determinado.

Un punto importante que ostenta este precepto es la prohibición de crear las leyes ad hoc, así como también la prohibición de promulgar leyes penales con efecto retroactivo, sobre todo porque así lo ha establecido la Carta Magna (1993).

Es discutido si esta garantía es aplicable sólo a normas sustantivas o también se puede aplicar a normas procesales penales o de ejecución penal. García (2012) Incluso se ha debatido bastante si también alcanzaría a las normal de tipo penal referidas a las medidas de seguridad, pero eso ya es otro tema.

1.6.1.1.3. Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta

No hay delito, tampoco pena sin ley expresa (Constitución, 1979). García (2012) considera esta garantía como reserva de ley, sosteniendo que por la ley y sólo por esta se podrán generar hechos delictivos y determinar sus respectivas penas. Es por este fundamento que la ley es fuente inmediata en materia penal.

Villavicencio (2016), por su parte sostiene que esta garantía busca la seguridad jurídica, relativo a que la ley, es la representación de la voluntad jurídica de la sociedad.

1.6.1.1.4. Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta

La Constitución Política del Perú (1993, numeral 9), estipula que: No se acepta la analogía para evaluar un hecho como delito o la determinación de su sanción.

Villavicencio (2016), considera que este principio consiste en poner un límite a la interpretación para así no llegar al extremo de crear nuevos derechos. García (2012), sostiene que resulta muy difícil diferenciar a la analogía de la interpretación, dado a que la interpretación se produce por razonamiento analógico.

1.6.2. Principio de Lesividad

Enfatiza que no sólo es necesaria una conducta sea ilícita, sino que esta ponga en peligro o se haya generado una lesión a un bien jurídico (Villavicencio, 2016).

El ordenamiento penal en su título preliminar describe principios tales como la lesividad por el que para imponer una sanción es necesario la lesión o el peligro de bienes jurídicos tutelados por ley (R.N. 668-99)

Este principio además de delimitar el rol que debe asumir es una barrera para la intervención punitiva del estado.

Si de consecuencias se tendría que hablar, la primera es que partiendo de este principio, tendríamos que todo delito necesariamente debe proteger un bien jurídico, ante el peligro, como en la lesión propiamente dicha. La segunda consecuencia que se tendría es que una pena no puede recaer en el ejercicio de la libertad que ostenta el ciudadano de elegir una religión o ideología; y por último que el Estado debe tutelar intereses de la sociedad y no de grupos determinados.

1.6.3. Principio de Subsidiaridad

Está referido a que se recurre a la materia penal como último mecanismo de control, luego que hallan fallado los otros controles sociales. Villavicencio (2016) precisa que los ataques mínimos a los bienes jurídicos que protege el derecho penal, deberán ser vistos por otras ramas del Derecho.

Por su parte García (2012), define el principio de subsidiaridad como aquel fundamento por el cual los bienes jurídicos relevantes serán objeto de atención por la materia penal.

Además de ello, se tiene la convicción que en aquellas

circunstancias que se vulneren bienes jurídicos, y existen aún mecanismos que pueden servir para controlar esa circunstancia, no deberá dirigirse al Derecho Penal.

1.6.4. Principio de racionalidad y humanidad de las penas

Por este principio se debe rechazar sanción que configure como brutal en los efectos para el sujeto. Lo que se busca en realidad es una pena humanitaria, la cual no provoque sufrimientos innecesarios, incluso se busca desterrar el pensamiento de una pena de muerte.

Este principio critica tanto el exceso, que se sostiene que no deben existir las penas perpetuas, pues ello implica que una persona no es útil para la sociedad. El problema radica en los fines de la pena, ya que es una contradicción total con los fines de la pena, pues de darse una cadena perpetua, no tendría ningún sentido, encerrar a un individuo, si este desde raíz no tiene una posibilidad de reincorporarse a la sociedad.

1.6.5. Principio de Proporcionalidad

La proporcionalidad va dirigido a poner un límite al exceso, buscando sopesar el poder estatal con el de la comunidad y el inculpatado con un hecho delictivo. Hurtado (2011). Suele ser fundamentada en la razonabilidad de la sanción impuesta. Este principio busca que entre la pena y la conducta desplegada por el agente tenga una cierta correlación, respondiendo al llamado del merecimiento de tal castigo.

García (2012), lo denomina como principio de proporcionalidad de las penas, como aquel que exige que para establecer medidas penales estas guarden relación y respondan al delito cometido.

Importante es el aporte del profesor Zaffaroni (2005) quien precisa la relevancia del principio para establecer una correspondencia de la penada a cada hecho delictivo..

1.6.6. Principio de Presunción de inocencia

Este principio, está prescrito en el ordenamiento jurídico y constituye uno de los pilares en el proceso penal. Este principio describe que nadie será responsable por un hecho delictivo mientras no se declare

su culpabilidad. De este principio se deriva la carga de la prueba, el cual esta correspondido en nuestro sistema por el Ministerio Público; la calidad de la prueba, sustentándose en que esta debe superar la duda razonable. La actitud del órgano jurisdiccional, los mismos que no tendrán ningún comportamiento hostil con el imputado, pues de ello se podría desprender su falta de objetividad; y, la exclusión de efectos negativos antes de emitir sentencia; en éste último la prisión preventiva es la excepción a la regla.

Sin duda alguna este principio ha sido, sino, el más saboteado por los operadores de justicia.

1.6.7. Principio de Especialidad

Este principio rige el destino de aquellos casos en los que existan dos o más tipos penales que pudieran ser aplicados a tal conflicto juridico-penal. Con este principio, el tipo penal que sea más específico, desplazará al tipo de más carácter general.

1.6.8. Principio de Consunción

Considera que el tipo penal más amplio comprende el castigo de infracciones consumida en aquel. (Villavicencio, 2016)

Tiene dos formas de aplicarse este principio, el primero es a través del hecho acompañante típico, por ejemplo los daños al patrimonio en el hurto agravado; y el otro es a través del hecho posterior impune o copenado, el cual se da cuando se realiza una acción posterior a la infracción precedente, por ejemplo el aprovechamiento del bien sustraído por un hurto.

1.7. De los Delitos inmersos en la Problemática

Para permitirnos establecer cuál es la relación concursal entre el Delito de Robo agravado a Mano Armada y el Delito de Tenencia Ilegal de Armas, es necesario, analizar los puntos más importantes de estos delitos.

1.7.1. Robo

En el catálogo de delitos de nuestro Código Penal, D. L. N° 957

(1991), el robo es el que día a día más significancia obtiene, desde el conocimiento, esto es, el sujeto de a pie, entiende el significado del tipo en mención. Así, el delito de Robo no es más que el tomar un bien ajeno, mediando la violencia.

1.7.1.1. Naturaleza del Delito de Robo

Según Salinas (2015), existen tres teorías que pueden explicar el Robo:

a) El robo como una variedad del hurto agravado

La distinción del robo con el hurto, es la forma en la que se obtiene o apodera el bien mueble, ya sea por violencia o amenaza, estos últimos elementos constitutivos del tipo en cuestión, sin embargo, para Salinas (2015) esto es imposible debido a la cantidad de modalidades de robo que no se asemejan al hurto.

b) El robo como un delito complejo

El profesor Bramont (1995) sostiene que debido a que las figuras constitutivas del robo, son propias de otros delitos, el Robo debe configurarse como un delito complejo. A mi criterio, el nombre adecuado es un Delito Pluriofensivo, debido a que, además del patrimonio, afecta otros bienes jurídicos tutelados por otras figuras penales, como la vida, cuerpo, libertad, etc.

c) El robo es de naturaleza autónoma

Peña (2016) mantiene la postura que el robo es perfectamente diferenciable de los elementos constitutivos del hurto. Rojas (2016) manifiesta algo bastante relevante, refiere que el robo y el hurto no serían muy distintas, pero que sin embargo, las agravantes distorsionan esa teoría.

1.7.1.2. Tipicidad Objetiva

La jurisprudencia mayoritaria ha referido que el delito de robo consiste en apoderarse de un bien, para así obtener un provecho patrimonial, con ánimos de lucro, y que obviamente se desarrolle en la acción, la violencia o amenaza.

Este hecho delictivo objetivamente se configura en el momento que el agente se ha apoderado ilegítimamente de un bien que pueda ser total o parcialmente ajeno, con la finalidad de poder obtener un provecho. Ésta conducta debe haberse realizado con violencia o amenaza, pues si no, estaríamos ante un delito de Hurto.

Al respecto Salinas (2015) manifiesta que el delito en comentario responde a apoderarse de algo al igual que el caso del hurto, sin embargo lo que los diferencia es el empleo de la fuerza o amenaza, la misma que debe ser tal, como para doblegar la voluntad de defensa de la víctima. En ese sentido, el Acuerdo Plenario N° 3-2009, plasmó doctrina jurisprudencial, en el delito de robo, estipulando que la conducta típica de este delito integra el apoderamiento de un bien mueble, con utilización de violencia física o intimidación.

A. Acción de Apoderar

No es más que tomar un bien mueble que no le pertenece, bien mueble que se encontraba en disponibilidad de la víctima. Salinas (2015) refiere que esta disponibilidad en el agente es un hecho resultante de la sustracción.

A.1. Ilegitimidad del Apoderamiento

El acto de apoderarse o adueñarse de un bien inmueble, no debe presentar alguna causa que elimine la antijuridicidad de la conducta.

A.2 Acción de Sustracción

Salinas (2015) postula la posición que por sustracción se debe entender como aquella conducta que esté destinada a arrebatar un bien mueble, a la persona que lo esté poseyendo.

B. Bien Mueble

Un bien es aquella cosa real y con valor patrimonial. Por mueble se entiende a aquellas características que ostenta un

bien, el cual le permite ser desplazado con fines determinados. Demás está indicar que éste bien mueble debe ostentar un carácter patrimonial.

B.1. Bien Total o Parcialmente ajeno

La figura de la parcialidad, se ve reflejada específicamente en los casos en los que el agente sea copropietario del bien que va a sustraer.

C. Violencia o Amenaza

La diferencia que existe entre el hurto y robo, radica justamente en este elemento objetivo, el cual le da el plus al acto de despojar de un bien a su dueño

La violencia, consistirá en el empleo físico para romper toda resistencia puesta por la víctima. Peña (2006) refiere que la violencia es la aplicación de una energía física, la misma que va dirigida a eliminar la resistencia de la víctima.

Salinas (2015) refiere que no solamente es energía física, pues la misma puede ser también mecánica o tecnológica.

La violencia puede ser utilizada en tres oportunidades durante la comisión del hecho delictivo: la primera se da cuando el agente quiere vencer la resistencia, la segunda se da cuando el agente busca resistir a la sustracción, y la última cuando el agente golpea a la víctima para que no la persiga.

D. Bien Jurídico protegido

En el robo, el bien jurídico es el patrimonio, el cual está conformado por la posesión y propiedad; sin embargo, no se debe olvidar la naturaleza pluriofensiva del delito de robo, sobre todo el robo agravado, pues tanto en el tipo base como en el cualificado, son varios los bienes jurídicos que indirectamente protege este delito.

Por su lado Rojas (2016) sostiene que lo que se protege es propiedad,

contemplada por la posesión, y que junto a ella se vulnera la libertad de la víctima. En ese sentido, Salinas (2015) refiere que el delito examinado afecta directamente al patrimonio, representado, claro está, por el derecho real de posesión (en primer lugar) y posteriormente la propiedad. Es por ello que la dogmática mantiene la posición que en estos delitos, pueden existir víctima del hecho y del delito.

E. Consumación

Son distintas las teorías que determinan la consumación del Robo. Sin duda alguna, el primer avistamiento de un argumento consistente fue el expuesto por la Sentencia Plenaria 1-2005, sobre hurto y robo, el cual establecía que existen dos momentos cruciales, el primero es el despojo del bien, y el segundo la posesión de ese bien por parte del agente criminal.

Así, nace el fundamento que ha acaparó la atención de las demás resoluciones judiciales, “La disponibilidad potencial” es hasta ahora el mejor fundamento que permite establecer cuál es el momento exacto de la consumación del Robo.

F. El numeral 3 del art. 189° CP (Robo a mano armada)

Esta agravante, prescribe el comportamiento en el que se usa o porta un arma al cometer un hecho delictivo

Las armas de fuego pueden ser de distinto tipo y su uso es determinantes para calificar como agravante siendo el problema de interpretación que debiera tenerse cuando los robos se ejecuten con un arma hechiza o de juguete. Esto fue abordado en el Acuerdo Plenario 5-2015, estableciéndose que el robo a mano armada, se ejecuta independientemente de si el arma era verdadera o era una de juguete. El sustento que se postula es que el afectado no podía darse cuenta en el momento en que era amenazado de la verosimilitud del arma.

Concuero con Salinas (2015) quien sostiene que la mera circunstancia de tener un arma y que sea mostrada al agente pasivo

califica como delito.

1.7.2. Porte de Arma de Fuego

En el iter criminis o proceso ejecutivo del delito, se ubican las fases de los delitos, y en algunas de estas sub fases se sustenta la impunidad, pues se considera que el Derecho penal no puede reprimir conductas que se interpretan como actos preparatorios por ejemplo, de tener en el pensamiento la comisión de delitos; sin embargo, en ciertos aspectos sustantivos, se ha señalado el límite punitivo, debido a la peligrosidad que representa ciertos actos preparatorios del delito, los cuales están expresamente desarrolladas como delitos en nuestro código penal. En ese contexto, quien norma considera que el poseer un arma constituye un peligro latente para la comunidad.

A Conducta Típica

La tenencia es la posesión de una cosa. Villavicencio (2016) refiere que en este tipo de delitos no es necesario la alteración de la tranquilidad en el mundo exterior, por ello sólo bastará realizar tal conducta para consumarse el delito. Es menester señalar que existe una peligrosidad tal, que no será necesario la lesión a un bien jurídico determinado.

B. Sujeto Pasivo

La comunidad de forma indeterminada, pues de sobrepasarse el peligro, cualquier integrante de esa sociedad puede ser la víctima.

Queda totalmente descartado la participación del estado como agente pasivo del delito pues, el estado no es titular de la tranquilidad pública. (Castañeda, 2014)

C. Bien Jurídico

La Dogmática penal ha sostenido con firmeza que lo que se protege es la Seguridad Pública, que es la circunstancia en la que los ciudadanos se representan la nula posibilidad que puedan sufrir daños.

D. Irregularidad e Ilegalidad

El hecho delictivo se constituye con la tenencia del arma de fuego,

cuando el agente no tiene la licencia para tenerla. Si se determina la no funcionalidad del arma, se descarta la relación por atipicidad. Por su parte Castañeda (2014) refiere que la irregularidad se genera cuando el usuario no cumple con los requisitos señalados por SUCAMEC, no obteniendo el permiso, sin embargo, bajo el sustento del Subsidiaridad o ultima ratio, el control social del que se encargará dicha situación es la vía administrativa.

1.7.3. Concurso de Delitos y Leyes

A. Concurso Ideal de Delitos

Esta figura se da cuando existe una unidad de acción, y esta provoca una pluralidad de consecuencias. Así Hurtado (2011) refiere que el concurso ideal se configura cuando varias normas se pueden aplicar a un mismo hecho.

El concurso ideal de delitos, la unidad de acción requiere la aplicación de distintas disposiciones, las cuales se aplicaran al mismo tiempo. Así por ejemplo el chofer que provoca un accidente de tránsito, del cual 3 personas resultan heridas y 2 murieron, ha desarrollado una sola acción pero el resultado es de aplicación de mas de un tipo penal.

El concurso ideal Homogéneo, se genera en el cuando los tipos penales que concurrirán simultáneamente, pertenecen a una misma naturaleza jurídica. Cuando se determina la sanción, se sancionará con la pena más elevada, lo que no superará los 35 años.

El concurso ideal se sostiene por la convergencia de acciones que responden a los requisitos de dos o más figuras penales, dos o más delitos diferentes. Si un sujeto violento sexualmente a su hermana incurre en el delito de violación e incesto.

Por otro lado, la unidad de hecho describe la misma voluntad y que este valorada de forma unitaria en una figura penal. Para poder integrar el presupuesto del concurso ideal, tienen que concurrir varias figuras delictivas para considerar pluralidad de fines. Si una bomba acaba con la vida de miles, se configuran dos hechos, pero su conexión es de medio fin, lo que conlleva que el legislador compare el concurso. Es concurso ideal en vez del real cuando la relación entre los hechos delictivos sea tan íntima que, si faltase uno, no se cometiera el otro, unidad de delito.

B. Concurso Real de Delitos

Se configura en el momento en el que varios sucesos tienen como resultado un hecho al cual se le puede aplicar una pluralidad de preceptos legales.

Existe el concurso real homogéneo y heterogéneo. El primero se determina por la naturaleza jurídica de un tipo penal, es decir, cuando el agente realice varias conductas que devengan en varios tipos penales de la misma especie, por ejemplo: robo y hurto.

En el Recurso de Nulidad N° 2296-2017-Ventanilla, se distingue el concurso real de delitos con el delito continuado, de acuerdo a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el 2017, en ella se estableció que el concurso real heterogéneo, también se determina por la naturaleza jurídica, pero aquí se presentara cuando las acciones constitutivas de delitos, sean de distinta naturaleza, o especie, por ejemplo: asesinato, robo y peculado.

El concurso real homogéneo hay pluralidad de figuras delictivas vinculadas con infracciones de la misma especie. Los delitos a excepción de la vinculación objetiva, no tienen relación entre su. Este tipo de concurso de encuentra recogido en el Código Penal (Art.50). Por su parte, el delito continuado las acciones cometidas se realizan en diferente momento, se generan en ocasiones análogas y son consecuencia de una misma resolución criminal. Con esta figura se podrá realiza una sumatoria de pena, la cual no superará los 35 años.

C. Concurso Aparente de Leyes

Según Hurtado y Prado (2011), refieren que en el concurso aparente de normas cuando varias de ellas coinciden hacia el mismo hecho, pero su aplicación excluye la de los demás. Otros autores, refieren que es un concurso verdadero, por la acción cumple y que realizando un proceso mental se podrá retener la aplicación de una y la exclusión de las demás. Se trata de un concurso aparente en la medida que por interpretación, se configura que es aplicable una disposición que considera a los aspectos de la acción.

Describir el concurso aparente de las leyes tiene un vínculo con el ne bis in ídem material, así como con la dimensión procesal, en la medida que: La dimensión material del referido principio hace alusión a una doble valoración de la conducta para sustentar o agravar las diferentes sanciones. La aplicación del concurso aparente de leyes está orientado a que una conducta atribuida se moldee a una figura penal que corresponda evitando la pluralidad de calificaciones erróneas en concurso ideal de la única conducta.

El ne bis in ídem material, refiere la prohibición al Estado de valoración múltiple de un mismo comportamiento o en la misma situación grave en el sustento de la pluralidad de las sanciones o agravantes. El TC en el expediente N° 2725-2008-PHC/TC precisó que en el referido principio no se le puede castigar dos veces por un mismo hecho. Se trata de la valoración múltiple de un hecho o situación en el sustento judicial de la sanción o agravante.

1.7.4. De las Posiciones Dogmáticas respecto al Tema

Según Reátegui (2016), estas figuras son las que normalmente concurren en un hecho delictivo “acostumbrado” en nuestra inseguridad ciudadana.

Refiere que hay casos en los que quien comete el robo doloso con armas de fuego, la modalidad es parte de la tipicidad agravada del delito de Robo (inciso 3 del art. 189° del código penal).

Manifiesta el profesor Reategui que el punto de partida en esta discusión estaría ubicada en precisar si el arma debe o no estar en buenas condiciones. Según su criterio, no es necesario, pues el arma permite romper la barrera de resistencia de la víctima, logrando así que esta no se oponga al asalto.

Precisa que lo que agrava la conducta es que quien se ve afectado se intimida cuando ve el arma independientemente si esta es verdadera o no

Profundizando ya en el tema, refiere que la Corte Suprema ha indicado que si se ingresa con un arma de forma violenta en un domicilio con el objeto de apoderar de los bienes incurren en delito de robo agravado y no de tenencia ilegal de armas.

El potencial de lesividad que tiene un arma para sustentar la amenaza debe ser evaluada, de tal forma que si en un caso concreto se cumple el objetivo que sería intimidar para cometer el delito, carece de sentido no considerar la tipicidad del hecho lesivo. En la tenencia ilegal de armas si es necesario que el arma se encuentre en funcionamiento, en buenas condiciones, lo que se puede demostrar mediante una pericia. Si el sujeto que la porta no cuenta con licencia se subsumirá el robo en el delito de tenencia ilegal, generando un concurso ideal de delitos si el sujeto activo tenía la finalidad de robar.

Reategui finaliza pronunciando la sentencia del expediente N° 386-98 (Lima) que resolvió para configurar la tenencia ilegal, el arma debe ser portada así se cometa o no un robo agravado, pues de lo que se trata es del peligro abstracto que al concretarse el robo agravado empleándola esta figura considera la tenencia ilegal, por ello, no son procesos distintos para ambas figuras, debiendo aplicarse lo señalado en el artículo *189 inciso 3*.

Para Peña Cabrera (2016) es importante debatir el tema de tesis. Sostiene que es altamente conocido las discrepancias que existe en cuanto al concurso delictivo del Robo Agravado (a mano armada) con la tenencia ilegal de armas; lo que debe ser evaluado aplicando correctamente los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción, que rigen el conflicto aparente de normas penales.

Sostiene que, desde el principio de consunción, la tenencia del arma de fuego, está regulada en el artículo 189° inc. 3). El descarte del concurso, procede conforme a la naturaleza del bien jurídico tutelado. En el Robo Agravado, se protege el patrimonio, siendo una figura pluriofensiva, en tanto que la tenencia ilegal de armas, garantiza la seguridad pública.

Si el agente sustrae el dinero con violencia física y/o amenaza, emplea arma de fuego, sin tener licencia incurrirá en un concurso ideal de delito, entre los artículos 189° y 279° del CP. No se explique porque el robo tendría que comprender la tenencia ilegal, teniendo en cuenta que los objetos de protección son diferentes. El artículo 279 se sanciona la tenencia y el 189 su empleo.

Peña Cabrera (2016), critica el Exp. 4081-98-La Libertad, en la que se dice que el robo agravado con empleo de arma como instrumento para cometerlo se encuentra dentro del delito de tenencia ilegal, no pudiendo ser consideradas dichas figuras como independientes

Por último, sostiene que sólo se deja de lado el concurso delictivo cuando la tenencia del arma es legítima, mas no cuando es ilegal, en este caso se sanciona a quien comete el Robo Agravado en concurso con el delito de tenencia ilegal de armas.

Tello (2013) refiere que si es factible la tipicidad a otras personas con la pluralidad de sujetos, es probable que el sujeto (o sujetos) pueda cometer una o varias acciones y provocar uno o varios delitos. Esto último genera la investigación de las reglas para aclarar la aplicación del Derecho Penal en estos casos.

Precisa que la adecuación de un comportamiento a un tipo legal obliga determinar si hay un vínculo entre distintos tipos aplicables (concurso aparente de leyes), y conocer si hay unidad o pluralidad de acciones realizadas (concurso de delitos). Así, en los concursos de delitos hay concurrencia de tipos penales sin que ninguno deje de considerar al otro.

Respecto a lo concerniente al tema, hay distintas teorías como la unidad jurídica de acción la que asume una interpretación jurídico penal y se genera con la unidad subjetiva y en la comisión de la conducta típica. La primera describe que la unidad de acción se genera cuando el autor desea

desde el comienzo una serie de actos. La segunda precisa adicionalmente que la unidad de acción genera una secuencia de actos, de tal manera que el autor, da inicio a la realización del subsiguiente, tanto si se relaciona con el acto, una representación de resultado, como si no.

Hay una unidad de acción en la medida que concurren varias acciones. Existe unidad jurídica teniendo en cuenta la finalidad del autor y el sentido del tipo penal, esto es lo que conlleva a determinar un concurso ideal, caso contrario se describirá un concurso real. El concurso ideal conocido también como formal, describe la concentración de tipos penales llevados a cabo por una sola persona, su consecuencia está regulada en el código penal pudiendo sancionarse con la pena más grave.

Por su parte, el concurso real también conocido como material, se genera cuando se cometen varias acciones de las que se desprende la comisión de otras infracciones penales. El efecto de acuerdo al código penal es que se adicionan las penas privativas de libertad que establezca el magistrado para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. El problema no es identificar la unidad o pluralidad de los actos delictivos, sino que pese a concretarse la unidad de acción, no hay concurrencia de tipos penales, sino que esta es aparente, generando el estudio de criterios que principios que coadyuven a dar solución.

Para comprender los principios en torno al concurso de leyes, no solo bastan los medios de análisis lógico conceptuales, sino interpretación teleológica. Desde el punto de vista lógico se generan probabilidades de relación entre los tipos por la heterogeneidad, identidad, subordinación o interferencia. Al evaluar la relación con los principios del concurso de leyes, se concluyó que: No reconoce que la estructura lógico conceptual de la subsidiariedad sea la inclusión o subordinación, ya que este tipo no se aplicaría y sería superfluo. La clasificación de los fundamentos lógico conceptuales de la consumación es complicada, gran parte de los casos pese a que aparecen como parecidos a la especialidad, no encajan en el esquema

de especialidad.

La estructura lógico conceptual que sirva de base a la consunción no es la subordinación, sino interferencia. En cuanto a la alternatividad, la relación lógica que se le atribuye es la de subordinación, como un caso especial de concurso. Los tipos legales pueden vincularse por interferencia, subordinación o heterogeneidad, no motivando concurso de leyes, Se admiten dos tipos de concursos la especialidad y la subsidiariedad. Tanto la alternatividad como la consunción aparecen como superfluos

El principio de **especialidad**, se encuentra reconocido en la doctrina que responde al vínculo inclusión o subordinación. La ley especial considera mayor número de peculiaridades del hecho y tiene preferencia respecto de la general. El elemento específico hace referencia al sujeto activo, al sujeto pasivo, a una relación entre conceptos, al objeto del delito, a la modalidad de la acción o a la tendencia de la acción.

En cuanto a la subsidiariedad al subsidiario le es aplicable en caso de no entrar en el juego del principal. Se presentan dos tipos de subsidiariedad la expresa y la tácita

Haciendo alusión al principio de consunción, se resuelve las relaciones entre los distintos estadios de ataque al mismo bien jurídico o entre formas de ataque al mismo bien jurídico de distinta intensidad. Así, la consunción no persigue ser aplicado en el caso de que concurra otra posible calificación más grave al hecho, por ser una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico.

Pese a que en el artículo III del Código Procesal Penal de 2004 se ha regulado este principio, corresponde a un ámbito poco estudiado en el Derecho Penal peruano, por ello se requiere conocer los criterios del TC, los que se señalaron en el Exp. N° 02050-2002-AA/TC.

Mantiene que el Tribunal Constitucional, luego de destacar que este principio se halla implícito en la Constitución –como contenido del derecho al debido proceso–, en el fundamento 19 de la sentencia recaída en el precitado expediente, ha señalado que este principio tiene dos facetas o doble configuración: una material y otra procesal.

Respecto a la primera faceta, expresa: que el enunciado según el cual, ‘nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

En cuanto a la faceta procesal, esgrime: tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

En relación con el tema que nos ocupa, si es que llevamos hasta sus últimas consecuencias la formulación de la faceta material de este principio, podemos decir que, así como está prohibido castigar dos veces por un mismo hecho, del mismo modo estará prohibido valorar dos veces la misma infracción. Siendo ello así, no vemos el inconveniente para sostener que este principio se constituye en el fundamento del concurso de leyes penales.

En definitiva, para la solución de cualquier problema concursal, específicamente del concurso de leyes, independientemente del conceptual,

Tello señala que es necesario observar este principio, con la finalidad de llegar a soluciones coherentes no solo a nivel legal, sino constitucional.

II. MATERIALES Y MÉTODO

2.1 Tipo de estudio y diseño de investigación.

El tipo de investigación será Descriptiva por cuanto se analizará los tipos penales inmersos en la problemática, y se desarrollará descriptivamente para determinar su naturaleza, momento consumativo, etc.

Asimismo, experimental, pues lo que busca el autor en esta tesis, es cambiar la realidad en cuanto la interpretación que vienen realizando los operadores jurídicos en materia, postulando una forma distinta de interpretación y aplicación.

En cuanto al diseño de investigación, se utilizará el diseño exploratorio por cuanto se busca el esclarecimiento de la problemática existente, el cual tiene una antigüedad muy importante, que impide el desarrollo de la búsqueda de la Seguridad Ciudadana y jurídica.

2.2 Escenario de estudio

Es el sistema de administración de justicia en el ámbito penal, en sus diferentes etapas dentro del proceso penal, aplicado por los distintos operadores jurídicos

2.3 Caracterización de sujetos

Son los operadores jurídicos que, por su especialidad en materia penal, se desempeñan en la administración de justicia penal, conforme el Código Procesal Penal del 2004.

En ese sentido, se ha establecido como sujetos específicos, 04 jueces penal del Poder Judicial y 04 Fiscales Penales del Ministerio Público

2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

2.4.1 Técnicas de recolección de datos

Para la recolección de datos se consideró a la entrevista como la mejor forma de recolectar datos, pues al ser una tesis teórica, se necesita el explayo de los entrevistados, respecto a la materia, la misma que no puede estar sujeta a preguntas con respuestas específicas, permitiendo que ellos brinden sus propios aportes, críticas y postura relacionada al tema.

De esta forma, al aplicar la misma, previa cita, los magistrados- jueces y fiscales- especialistas en materia penal, se pudo recibir de manera adecuada la información respecto al tema.

2.4.2 Instrumentos de recolección de datos

- Entrevistas.

2.5 Procedimientos para la recolección de datos

Mediante el uso de un formato de preguntas pre establecidas por el tesista, se sostuvo una retroalimentación que permita recabar de forma amplia la información respecto a la correcta forma en la que deberían concursar los delitos de Robo Agravado y Porte de Arma de Fuego, cuando el agente realice un apoderamiento mediante violencia o amenaza (Robo), utilizando un arma de fuego para el cual no presenta el permiso administrativo correspondiente.

De esta forma, al aplicar la misma, previa cita, los magistrados- jueces y fiscales- especialistas en materia penal, se pudo recibir de manera adecuada la información respecto al tema.

2.6 Procedimiento de análisis de datos

Para la presente investigación se utilizaron los siguientes métodos de análisis de datos que permitieron interpretar la información obtenida:

- a) Método Histórico:** Mediante este método se analizó los antecedentes del problema, máxime si en la bibliografía analizada

y entrevistas realizadas, se obtuvo la información que la problemática es añeja, esto es, que las diferentes posturas respecto al tema vienen siendo arrastradas de décadas atrás.

Por ello, se estudió de manera histórica para entender y determinar el problema, y luego ubicar la solución de esta.

- b) **Método Exegético:** Es el método que consiste en el estudio de las normas jurídicas referidas al tema abarcado por la presente investigación, analizando así figura por figura inmersas en la problemática.

2.7 Criterios éticos

Es de precisarse que el presente trabajo tiene como mecanismo de recolección de datos a la entrevista, la cual al momento de llevarse a cabo se tendrá presente el respeto por la Dignidad Humana, por cuanto tendrán la libertad de escoger su participación en la misma (consentimiento informado). Una vez avanzado el nivel de consentimiento informado, se le brindará la mayor explicación de la finalidad de la encuesta (información), así como su participación en ella. También se tendrá en cuenta que los sujetos a participar tienen la capacidad para poder desarrollar la misma. Finalmente la encuesta se desarrollará con la mayor espontaneidad posible (voluntariedad).

Del mismo modo, se tendrá por valorada los riesgos y beneficios que trae consigo el instrumento a aplicar, por ello, se han identificado como riesgos, la identidades de las partes en los procesos que se puedan presentar, así como los beneficios que será una mejor comprensión para el tema postulado.

Finalmente, con respecto a la justicia, se fundamenta la selección de jueces y fiscales especialistas en materia penal, por cuanto la posición postulada es directamente aplicada por estos sujetos, por tanto, queda debidamente fundamentada por qué la elección de estos sujetos.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1 Resultados

MAGISTRADOS ENTREVISTADOS:

Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú
Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra
Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino
Segura
Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso
Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria
Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar
Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergo
Juez Penal de Investigación Preparatoria Victor Adolfo Torres
Sanchez

Pregunta 1 : ¿Cuánto tiempo lleva cumpliendo la función de magistrado?

El Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú refirió llevar un promedio de 8 años en la función.

El Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra manifestó tener 11 años en el cargo.

El Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura sostuvo tener 9 años como Fiscal.

El Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso precisó tener 16 años en la encargatura.

El Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria manifestó haber tenido 3 años como fiscal y 6 años de juez penal.

El Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar refirió llevar 13 años en la judicatura.

El Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergo sostuvo que llevaba 15 años en la función de juez penal.

El Juez Penal de Investigación Preparatoria Victor Adolfo

Torres Sanchez precisó ser juez desde el año 1993, acumulando la totalidad de 25 años en la función jurisdiccional.

Pregunta 2 :¿Desarrolle usted los aspectos fundamentales del Delito de Robo Simple y su figura Agravada?

El Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú respondió que el Delito de Robo es una figura pluriofensiva que ataca o afecta el patrimonio. Que existe un apoderamiento del patrimonio, y que este apoderamiento debe realizarse mediante violencia o amenaza. Sin embargo sostuvo que la amenaza siempre debe tener un carácter de grave, no siendo cualquier amenaza configurativa para el tipo penal. Dijo también que este delito se perfecciona cuando el agente logra tener el bien sustraído sin ninguna interrupción, aseverando a teoría de la disponibilidad potencial del bien.

El Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra sostuvo que por el delito preguntado, perjudica al sujeto pasivo en el patrimonio y también en otros bienes jurídicos. Que lo que la diferencia de otros delitos contra el patrimonio es el carácter violentista, la misma que puede ser de manera física o verbal atacando la psiquis del agraviado. Refirió que la amenaza no necesariamente debe ser grave ante el ojo humano, sino que debe ser necesaria para que el agente rompa la resistencia de la víctima. También sostuvo que este injusto penal se consuma cuando el agente tiene la disponibilidad potencial del bien sustraído.

El Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura manifestó que el delito de robo no solo afecta el bien mueble como patrimonio del agraviado sino que también afecta la vida, el cuerpo, la salud, etc, pues si se revisa las agravantes que tiene este tipo penal, nos damos cuenta que no solo un delito contra el patrimonio, es por ello su peligrosidad. Dijo que su posición es que la

amenaza contra el sujeto pasivo del delito debe ser grave, pues no cualquier amenaza puede subsumirse dentro del robo. Dijo que al ser un delito de resultado, el delito se consuma cuando el agente posee el bien estando en una disponibilidad potencial del mismo.

El Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso precisó que el delito de robo es el que tiene mas índice de incidencias, y que su peligrosidad radica en que afecta diversos tipos penales, dijo que en la tipicidad es aquel acto violento que desplegada el agente a fin de arrebatar un bien mueble de la esfera posesionaria de la víctima. Asevero que la teoría de la disponibilidad potencial del bien es la mas acertada en lo que a consumación se refiere.

El Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria sostuvo que el delito en cuestión es uno de alta peligrosidad y de alta comisión, es la que mas genera inseguridad ciudadana. Que el bien jurídico protegido es siempre el patrimonio, empero que también puede afectar otros bienes que hacen que se agrave el tipo penal. Sostuvo que el momento consumativo del robo es cuando el agente posee el bien si la posibilidad de ser visto, perseguido, quedándose solo en una esfera, el agente pasivo con el bien sustraído.

El Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar dijo que es un hurto con violencia o amenaza, que la amenaza debe ser idónea y que no cualquier dicho por el agente puede tomarse como amenaza. También dijo que es un delito contra el patrimonio especial, pues afecta también otros bienes jurídicos.

El Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergó sostuvo que la consumación de este delito se da cuando el agente posee el bien con la posibilidad de que este pueda destinar cualquier fin sobre la cosa. Dijo además que la violencia, por minima que sea, de por si al momento de la ejecución del robo, no importa el grado de

amenaza, simplemente la sola presencia del agente representa una amenaza.

El Juez Penal de Investigación Preparatoria Víctor Adolfo Torres Sanchez dijo que esta es una figura típica que vulnera además otros bienes jurídicos, y que además que esta pluriofensividad se evidencia en grandes rasgos en la forma agravada del tipo base.

En el extremo del sujeto activo y sujeto pasivo, señaló que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito.

Manifestó que la modalidad típica de configuración de delito se da con el apoderamiento del bien total o parcialmente ajeno, y que este apoderamiento se debe dar utilizando la violencia o amenaza.

Cuando desarrolló el aspecto consumativo de este delito, manifestó que la figura delictiva en mención es un delito de resultado, y que el momento en que se consuma es cuando el agente activo del delito tiene la disponibilidad potencial de realizar cualquier acto de dominio sobre el bien sustraído.

Pregunta 3 :¿ Desarrolle usted los aspectos fundamentales del Delito Tenencia Ilegal de Armas?

El Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú dijo que el bien jurídico protegido es la seguridad pública y que el agente pasivo es la Sociedad, además señaló que otro sujeto pasivo es la SUCAMEC pues es el ente regulador de las licencias para portar las armas de fuego. También manifestó que la razón de ser de este delito responde a adelantar la barrera punitiva hacia el iter criminis para proteger la sociedad. También sostuvo que el delito se perfecciona desde el primer momento en que el agente posee el arma de fuego, sabiendo que no tiene licencia para portarla toda vez que es un delito de mera actividad.

El Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra señaló que el bien jurídico en este delito es la Seguridad

Pública, y que él en su actividad de la administración de justicia considera a la Sociedad y la SUCAMEC cómo agente pasivo del Delito, pues la peligrosidad va en contra de la sociedad. Indicó además que el legislador ha considerado esta conducta como delito, toda vez que esto representa un peligro inminente, no necesitándose la producción de resultado alguno. Preciso también que este delito se consuma justo en el momento en que el sujeto activo del delito posee el arma de fuego para el cual no tiene la licencia administrativa respectiva.

El Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura manifestó en la entrevista que el bien jurídico que protege este delito es la seguridad pública y que justamente por ello, al crear esta figura penal, el legislador decidió considerarla como tal, pues representa un alto peligro para la sociedad. Refiere que objetivamente el tipo penal se configura cuando el agente tiene en su poder un arma de fuego, que le ha sido suministrada de manera ilegítima, y por ende no tiene la licencia o documentación sustentadora de su legitimidad para portarla. Dijo además que al ser una figura de consumación instantánea, el delito se perfecciona al momento en que el agente tiene en su poder un arma de fuego para el cual no tiene la documentación correspondiente expedida por SUCAMEC.

El Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso aseguró que el delito protege la seguridad de las personas que se encuentran en una sociedad, pues el hecho que una persona posea un arma de fuego sin licencia para tenerla, representa por sí una alta peligrosidad para todos. Asimismo, indicó que además de la sociedad, agente pasivo también es la SUCAMEC. Dijo también que el delito se consuma cuando el agente tiene el arma de fuego, y que incluso cuando el agente es descubierto ya consumó mucho antes el delito.

El Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria manifestó que el agente pasivo de este delito es la SUCAMEC

y la Sociedad, pues es esta conducta provoca la alteración de la tranquilidad y seguridad de las personas, además de “sacarle la vuelta” al ente regulador de buscar la legitimidad de las licencia de armas de fuego. Indicó además que no es necesario la producción de un resultado para que el delito se consume, pues es un delito de mera actividad, por lo tanto se consuma justo en el momento en que el agente posee el arma de fuego sin la licencia correspondiente.

El Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar dijo que el bien jurídico protegido es la seguridad pública y que el agente pasivo es la Sociedad, además señaló que otro sujeto pasivo es la SUCAMEC pues es el ente regulador de las licencias para portar las armas de fuego. También manifestó que la razón de ser de este delito responde a adelantar la barrera punitiva considerando la peligrosidad que representa tener un arma de fuego, y mucho mas tenerla sin portar licencia, esto a efectos de proteger la sociedad. También sostuvo que el delito se perfecciona desde el primer momento en que el agente posee el arma de fuego, sabiendo que no tiene licencia para portarla toda vez que es un delito de mera actividad.

El Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergo señaló que el bien jurídico en este delito es la Seguridad Pública, y que él en su actividad de la administración de justicia considera únicamente a la Sociedad como agente pasivo del Delito, pues la peligrosidad va en contra de la sociedad. Indicó además que el legislador ha considerado esta conducta como delito, toda vez que esto representa un peligro inminente, no necesitándose la producción de resultado alguno. Preciso también que este delito se consuma justo en el momento en que el sujeto activo del delito posee el arma de fuego para el cual no tiene la licencia administrativa respectiva.

El Juez Penal de Investigación Preparatoria Victor Adolfo Torres Sanchez dijo que el delito de Porte de Armas de Fuego protege la seguridad de las personas que se encuentran en una sociedad, pues el hecho que una persona posea un arma de fuego sin licencia para tenerla, representa por si una alta peligrosidad para todos. Asimismo, indicó que además de la sociedad, agente pasivo también es la SUCAMEC. Dijo también que el delito se consuma cuando el agente tiene el arma de fuego, y que incluso cuando el agente es descubierto ya consumó mucho antes el delito. También dijo que es un delito de estado pues a través del tiempo sigue manteniendo la antijuricidad en su conducta.

Pregunta 4 :¿Cree usted que existe un problema jurídico de interpretación y aplicación, respecto a cuál es la figura con la que debe concursar los Delitos de Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Armas?

Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú dijo que este tema es un problema añejo, y que aun siguen las diversas posiciones respecto al tema, las cuales eran que había un concurso ideal, un concurso real y concurso aparente de leyes. Indicó que el problema también está en que lo que dicen los autores de libros, respecto a este tema, es que siguen transmitiendo una posición muy antigua.

Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra Dijo tener conocimiento de la problemática referida, y que para el este tema ya estaba zanjado, por lo que el siempre en sus casos, subsume el delito de tenencia ilegal de armas dentro del Robo agravado.

Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura refirió que esta tema viene desde hace varias décadas. El sostiene que existen diversos criterios dogmáticos respecto al tema. Que ha escuchado de por ejemplo que se subsume uno en el otro, sin embargo refiere que aun queda ese punto por resolver.

Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso aseveró

que existe una posición errada creada por los doctrinarios de la época antes del nuevo siglo que sostenía que el agente usa el arma para robar, cuando en realidad no es así. Dijo que por culpa de las diversas teorías y criterios respecto al tema, a veces rechazan requerimientos, pues a veces los jueces a los que va a audiencias no tienen el mismo criterio que él.

Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria dijo que el tema ya está zanjado, pues para él existe un concurso ideal, si bien hay dos delitos, esos dos delitos se manifiestan en una sola acción.

Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martín Castañeda Salazar indicó qué si es cierto que existe una problemática respecto al tema, y que bastantes veces se ha debatido sobre ello, y que muchas veces también se ha encontrado con criterios demasiado cerrados. Indica que la posición de la subsunción está desfazada.

Juez Superior Penal Raúl Humberto Solano Chambergo dijo haber escrito sobre el tema, y que para él, la posición actual que habla de la subsunción está muy errada.

Juez Penal de Investigación Preparatoria Víctor Adolfo Torres Sánchez indicó que en la práctica jurídica, cuando se presente un determinado caso en las que detienen a sujetos que habían robado con arma de fuego, ha observado que los fiscales solamente postulan robo agravado.

Pregunta 5: ¿Según su posición, cuál es la forma en la que deben concursar estos delitos y en que se fundamenta?

Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernández Sirlopú dijo que se debe postular mediante un concurso real, pues son delitos totalmente distintos. Dijo que siempre se ha creído que el agente coge el arma para robar, y que esto no es tanto así, sino que debe verse más allá de lo que los autores y Doctrinarios nos dicen.

Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra dijo que para él la posición correcta es postular solamente el robo

agravado pues la tenencia ya se encuentra dentro de robo.

Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura refirió que se debe postular un concurso real pues además de no tener vinculación respecto a naturaleza jurídica, estos delitos se consuman en momentos distintos, uno después del otro.

Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso dijo que se debe acabar con esa posición de la subsunción que lo único que hace es crear inseguridad jurídica, pues mientras el que utiliza un arma de fuego en un asalto recibe solo la pena del robo, la otra persona que roba pero no usa el arma de fuego será procesado por dos delitos, haciéndole una sumatoria de penas.

Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria dijo que el tema ya está zanjado, y que para el solamente hay el delito de robo, pues procesar también el delito de tenencia ilegal de armas vulnerarias el principio de ne bis in idem

Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martín Castañeda Salazar indicó que en la medida de lo posible, es su función de su judicatura busca convencer a sus colegas de la existencia de un concurso real pues el delito de Porte de armas de fuego, se consuma con mucho más anterioridad al delito de robo.

Juez Superior Penal Raúl Humberto Solano Chambergo dijo que en el texto que escribió postulaba la existencia de un concurso real fundamentando básicamente en que existen dos momentos consumativos, son de naturaleza muy distinta a la otra.

Juez Penal de Investigación Preparatoria Víctor Adolfo Torres Sánchez indicó que los momentos consumativos de ambos delitos son distintos y que deben ser procesados mediante un concurso real de delitos en su figura de Heterogéneo.

Pregunta 6: ¿En su labor como administrador de justicia estos casos en su labor, y por qué?

Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú dijo que en alguna oportunidad postuló un concurso real, pero que en ese caso al agente se le encontró el arma de fuego luego de haber robado, aproximadamente dos horas después. Dijo también que no ha vuelto a postular un concurso real de delitos pues los jueces tienen otra percepción de esta problemática.

Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra dijo que en los casos que ha tenido, ha postulado siempre únicamente el robo agravado Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura refirió que ha postulado un concurso real y que en oportunidades le han rechazado esa teoría, y solo han condenado por el delito de robo agravado.

Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso dijo que en un caso que recuerda, postulo un concurso real, y que el colegiado absolvió por el robo y ordeno remitir copias para abrir investigación por el delio de tenencia ilegal de armas. Sostiene que en otro caso, postulo igual un concurso real y que solo condenaron por el robo, y que el problema era que fue el mismo colegiado del anterior caso.

Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria dijo que nunca ha condenado por los dos delitos pues le parece desmedido y violentista del principio ne bis in ídem.

Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar indicó qué solo en una oportunidad ha condenado por un concurso real pero que pocas veces ha sido postulado por el ministerio público.

Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergo dijo que al estar en sala superior, siempre hace incapié en los casos en los que no se ha postulado ni condenado por un concurso real de delitos, pese a tener acreditados ambos delitos, pues para el si hay un concurso real.

Juez Penal de Investigación Preparatoria Victor Adolfo Torres Sanchez indicó que cuando dicta prisiones preventivas, siempre busca que el fiscal adopte la medida de concurso real, generando un

debate en audiencia, pero que pocas veces es bien visto.

Pregunta 7 :¿Cuál cree que sea el problema para que aún exista este enfrentamiento de posiciones respecto al tema,?

Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú dijo que la poca énfasis que se le ha abarcado a este problema en cuanto a diálogos de unificación de puntos de vista.

Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra dijo que el problema está zanjado.

Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura dijo que el problema es que los juristas competentes no han fijado una posición arraigada.

Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso dijo que la Corte Suprema no ha hecho absolutamente nada por unificar los criterios respecto al tema.

Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria dijo que su posición es que ya no hay problema

Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar indicó qué falta un conversatorio en donde las máximas exponentes del derecho penal digan cual es el criterio que se debe seguir, pues se esta dejando en la impunidad el delito de Porte de arma de fuego.

Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergo dijo que la Corte Suprema debe establecer cuales son los criterios a seguir en estos casos.

Juez Penal de Investigación Preparatoria Victor Adolfo Torres Sanchez indicó que los magistrados supremos deben indicar cual es la forma correcta de procesar estos delitos.

Pregunta 8 : ¿Cuál cree usted que sería la salida jurídica para acabar con este problema de interpretación?

Fiscal Provincial Penal Titular José Luis Fernandez Sirlopú dijo que debería realizarse un acuerdo plenario por parte de la Corte suprema.

Fiscal Provincial Penal Titular José Alberto Guerrero Saavedra dijo que la corte suprema ya ha dejado zanajdo esta problematica.

Fiscal Provincial Penal Titular Rodolfo Daniel Portalatino Segura dijo que los autouritas deben escribir en sus libros la verdadera postura a seguir pues, y existen nuevos puntos por debatir.

Fiscal Provincial Penal Titular Javier Quiroz Grosso dijo que la Corte Suprema debe emitir un pronunciamiento doctrinario o jurisprudencial indicando que cuando concurren ambas fguras penales, sean procesadas mediante un concurso real

Juez Unipersonal Penal Titular Renato Gamarra Luna Victoria dijo que ya no hay nada que se pueda hacer.

Juez Colegiado Penal Titular Shilling Martin Castañeda Salazar indicó qué debe hacer un plenario o una casacion en donde las máximas exponentes del derecho penal digan cual es el criterio que se debe seguir.

Juez Superior Penal Raul Humberto Solano Chambergo dijo que la Corte Suprema debe aprovechar los casos que suben en casación para determinar de carácter vinculante, la forma correcta en la que deben concursar los delitos de obo y Porte de Armas.

Juez Penal de Investigación Preparatoria Victor Adolfo Torres Sanchez indicó que la única solución es que los magistrados supremos indiquen a través de sus sentencias la forma correcta de procesar estos delitos, asentándose algo vinculante, o tal vez la creación de un acuerdo plenario, que ahora están de moda.

3.2 Discusión

Ha efectos de recabar información de calidad y con el fin de determinar que tanto conocían los entrevistados respecto al tema, primero se creyó conveniente analizar y desarrollar los aspectos fundamentales del Delito de Robo (tipo base), y luego su forma agravada respecto a la utilización de un arma en la comisión del delito.

Así las cosas, de los resultados se pudo desprender que los entrevistados, producto de su labor como administradores/operadores de Justicia, sí conocían del tema, y pudieron manifestar que el Delito de Robo afecta el bien jurídico Patrimonio, empero que esta es una tipo penal que vulnera además otros bienes jurídicos, concordando además que esta pluriofensividad se evidencia en grandes rasgos en la forma agravada del tipo base. En el extremo del sujeto activo y sujeto pasivo, señalaron que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito.

Manifestaron además que el delito tiene por modalidad típica, el apoderamiento del bien total o parcialmente ajeno, y que este apoderamiento se debe dar utilizando la violencia o amenaza. Respecto a la amenaza se presentó un conflicto de posiciones pues señalaron que, no necesariamente debe tener el carácter "Grave", sino que debe ser idónea en el momento para reducir la defensa del patrimonio de la víctima. Sin embargo, la posición mayoritaria concretó que la Doctrina ha señalado uniformemente que la amenaza debe estar dirigida a anunciar un daño grave e inminente a la vida o integridad física de la víctima. Señalaron que el momento consumativo de este delito, es cuando el agente activo del delito tiene la disponibilidad potencial de realizar cualquier acto de dominio sobre el bien sustraído.

Nuereña, C. (s/f), en su artículo jurídico denominado, "*La sobrepenalización del delito de robo agravado: su incidencia delictiva en la ciudad de Trujillo durante los años 2008-2009*", en el cual sostiene que:

- a) El delito de robo agravado es uno de las figuras penales que se cometen con más cotidianidad.
- b) Que el momento consumativo del Delito de Robo es cuando el sujeto tiene en su poder el bien apoderado, con la presencia de una disponibilidad inmediata o potencial del mismo.

La Teoría del Delito, es aquella que busca definir las cualidades que deberá tener una conducta para ser considerado como delito. Muñoz (citado por Villavicencio, 2016), refiere que ésta teoría sirve como un instrumento para ordenar los criterios y argumentos que se utilizaran en la solución de un determinado caso jurídico-penal.

Respecto al punto específico de la Teoría del Tipo, éste nos servirá para establecer que de acuerdo a las características del Delito de Robo, la Tenencia Ilegal de Armas no se subsume en éste primero.

En comparación con los resultados de Nuereña (s/f), la presente investigación busca concretar su posición justamente en diversos puntos relacionados a la misma, uno de ellos, es partiendo de los puntos esenciales del delito de Robo, toda vez que tanto la naturaleza, bien jurídico y momento consumativo son determinantes para poder determinar y fundamentar porqué el Delito de Tenencia Ilegal de Armas no se subsume en el Delito de Robo a Mano Armada.

Así las cosas, determinamos que el Delito de Robo- en su tipo base-se consuma cuando el agente tiene la disponibilidad potencial del bien sustraído de la víctima, que el Bien Jurídico protegido es el Patrimonio y que este por su naturaleza es un delito de resultado.

Como segundo punto importante desarrollado para poder dar un resultado al problema existente, es los alcances típicos del Delito de Tenencia Ilegal de Armas. Siendo así, de los resultados de las entrevistas se puede colegir que el sujeto pasivo en este delito es La Sociedad y el Bien Jurídico es la Seguridad Pública. Fue una posición correcta el hecho que el legislador haya adelantado la barrera punitiva para considerar la posesión de un arma de fuego como delito, pues representa una peligrosidad.

Respecto al momento consumativo, se determinó que el agente consuma el delito justo en el momento en que posee el arma de fuego, sin antes haber realizado los procedimientos administrativos ante la Sucamec para tener licencia para portarla. Además la entrevista realizado permitió recabar la información que este tipo penal es un delito de estado y de mera actividad, por lo tanto se consuma justo en el momento en que el agente posee el arma de fuego, sin importar el momento en que es descubierto, pues a través del tiempo sigue manteniendo la antijuricidad en su conducta.

Lara, N. (2007), en la Tesis "*Análisis Dogmático del Delito de Posesión o tenencia ilegal de armas de fuego*", elaborado para obtener el Grado de

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Universidad de Chile, en el cual sostiene:

a) Los delitos, Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Arma de Fuego, son delitos independientes, pues atacan bienes jurídicos distintos, se consuman en momentos diferentes.

b) Realiza una comparación, con los delitos de Homicidio, lesiones y otros, en los que también se utiliza un arma de fuego, alegando que en estos, no se podría alegar un Concurso Ideal de Delitos.

c) El Delito de Tenencia Ilegal de armas es un delito de mera actividad, y se consuma en el instante en que el agente tiene en posesión un arma de fuego para el cual no autorizado.

Al igual que el punto anterior, lo señalado por Lara, N. (2007) es importante para poder determinar los parámetros que nos permitirán fundamentar la diferencia objetiva respecto al tipo penal involucrados en la problemática objeto de esta Tesis. En ese sentido, podemos estar de acuerdo y apoyarnos en la postura señalada por el autor, pues nos permite establecer que efectivamente, el Delito de Tenencia Ilegal de Armas, no se configura al momento del Robo, como lo suele señalar la postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, sino que al contrario, éste se configura mucho antes, específicamente en el momento en que el agente tiene en su poder el arma de fuego, sin siquiera antes haber realizado trámite alguno para la correcta posesión, máxime si sabe que la inseguridad ciudadana los “Criminales” no “desean” realizar este tipo de procedimientos administrativos, pues la obtención de estas armas necesariamente están dirigidas al aspecto delincuencia.

En este tercer punto de discusión es necesario colegir y agrupar todos los puntos anteriores y aún no mencionados pero que están desarrollados en esta tesis. Así, se ha procedido a analizar y determinar la existencia de una problemática respecto a la forma en que deben concursar el Delito de Robo a Mano Armada y la Tenencia Ilegal de Armas, los puntos de vista que los entrevistados tienen respecto al tema y la pertinencia de los principios y

teorías esbozadas en la presente investigación.

En ese sentido, de los resultados de las entrevistas realizadas a los magistrados-jueces y fiscales- se puede desprender que éstos entrevistados reconocieron que existe una problemática respecto a cómo deben concursar los delitos antes señalados, y que esta problemática tiene muchas décadas de distintas posturas, en las cuales, una mayoritaria indicaba que la forma correcta de concursar es mediante un concurso aparente de leyes, otros un poco más minoritaria- al igual que el autor- una postura que postula el concurso real de delitos.

Esta circunstancia que fue cambiando al momento de adentrarnos más en la entrevista, pues si bien los entrevistados refirieron que la posición mayoritaria que se conoce a través de los dogmáticos y Jurisprudencia es postular estos delitos mediante un concurso aparente de leyes, es decir desplazando el delito de Tenencia Ilegal de Armas y quedándose con el Robo Agravado (a mano armada); señalaron que también era cierto que esta postura es muy antigua y que había que debatir si realmente este es la postura correcta, pues ellos creen que la mejor forma de concursar es mediante un Concurso Real de Delitos, empero que la problemática está en que al existir una teoría aun no debatible y sostenida por los denominados “Autuoritas” es complicado postularla.

Estos magistrados entrevistados, indicaron que el punto fundamental para sostener un concurso real es el momento consumativo de ambos, pues es sabido que la tenencia se consuma con mucho más tiempo de anterioridad.

Solano, R. (2010), en su Producción Jurídica para la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipan, “*¿El delito de Robo Agravado subsume el Delito de TIAF?*”, ha desarrollado un análisis acerca de si realmente el tipo penal de tenencia ilegal de armas de fuego está subsumido en el delito Robo cometido a mano armada, llegando a las siguientes

conclusiones:

a) El momento consumativo de ambos delitos ocurre en momentos distintos, en el caso del delito de Tenencia Ilegal de Armas, sostiene que la consumación se da con mucho más tiempo de anticipación que el Tipo penal de Robo Agravado, por lo tanto quedaría descartado que ambos delitos ocurran en un solo momento.

b) Refiere que lo manifestado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, está equivocada, discrepando con ello y a la vez sostiene que ambos delitos son de distinta naturaleza jurídica, y por lo tanto deberían ser procesados como dos delitos independientes, a través de un concurso real de delitos.

Conuerdo con esta postura, de hecho es una de las principales posturas locales que respaldan la posición que se postula en esta tesis.

Creo que Solano, (2010) ha sostenido un punto muy fundamental que establece el porqué deben concursar de forma Real los delitos de Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Armas, pues en su investigación señala la Tenencia Ilegal de armas no puede incluirse en el numeral tres del artículo 189° pues la Tenencia se da en otro momento consumativo, con una arraigada anterioridad a la comisión de un supuesto de Robo.

Además es correcta su afirmación cuando señala que estos delitos son de distinta naturaleza, y protegen bienes jurídicos distintos.

Dueñas, A. y Oblitas M. (2015) en su tesis en la Universidad Señor de Sipan, "*Problemática en la tipificación de la agravante del delito de robo, perpetrado con réplica de arma de fuego en el artículo 189 del código penal peruano*", el cual concluye:

- a) Que existe un vacío legal respecto a la tipificación del arma de fuego en el Delito de Robo Agravado.

A criterio del tesista, no existe un vacío legal respecto a la tipificación, lo que existe en realidad es una mala interpretación por una errada postura dogmática, pues es concreto que respecto a la tipificación es donde se basan los que defienden el concurso ideal, basándose en la no doble

incriminación, cuando en realidad el tipo penal solo hace referencia a realizar el robo a mano armada, más no con arma de fuego, fundamento que desarrollaré líneas abajo.

Tello, J. (2013), en su investigación denominada “*Robo agravado con arma de fuego y tenencia ilegal de armas- Resolución de una añeja problemática concursal*” aportada al Libro Robo y Hurto de Gaceta Jurídica, realizó un análisis profundo respecto a la relación concursal que mantienen estos dos delitos, y en base a la doctrina y jurisprudencia concluyo que:

a) Existe una relación de concurso aparente de leyes, pues según refiere, el Robo Agravado comprende y engloba la antijuridicidad de la Tenencia Ilegal de armas de fuego.

b) Se vulneraría el principio *ne bis in ídem* material, pues se le estaría condenando al agente por dos delitos cuando sólo cometió uno.

c) Solamente habría un concurso real cuando el Agente no haya utilizado el arma de fuego al momento del consumir el robo.

d) Asumir la teoría del Concurso Real, sería desnaturalizar el fundamento de la Tenencia Ilegal de Armas en el Derecho Penal Peruano, sin embargo no sostiene el porqué.

3.3 Aporte de la investigación (opcional)

Este trabajo ha de ser el más amplio y que desarrolla de mejor forma la problemática, sin embargo, he de rebatir las posturas concluidas en este trabajo de investigación.

En primer lugar es incorrecta sostener que el Robo Agravado comprende y engloba la Antijuridicidad de la Tenencia Ilegal de Armas, pues según la Teoría del Tipo la Antijuridicidad en el Delito de Robo va dirigida a si existe una causa de justificación para obtener un bien ajeno, siendo que en la Tenencia Ilegal de Armas la antijuridicidad va dirigida a la obtención ilegítima de un arma de fuego burlando los controles estatales, por lo que

no puede sostener dicha afirmación.

En segundo lugar, la postura de postular un concurso real de Delitos de ninguna forma vulnera el *ne bis in ídem* material, como afirma Tello (2013), pues esta figura garantista está dirigida a evitar que una persona pueda ser juzgado dos veces por un mismo delito, haciendo alusión a que el Delito de Tenencia Ilegal de armas está dentro del Robo Agravado, cuando en realidad son delitos independientes. Es absurdo sostener que la frase descrita en el numeral 3 del 189° es lo mismo que la *ratio legis* del artículo 279-G°.

Mena, F. (2017), en su tesis para obtener el Título de Abogado, "*Robo a mano armada, Alcances interpretativos*", realizada en la Universidad de Piura, en la cual arriba a las siguientes conclusiones:

a) Que el concurso que existe entre el Robo Agravado y la Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, es un posible concurso aparente de leyes, y que para ello es necesario dos presupuestos: el primero que el arma esté en perfectas condiciones técnicas, y que el sujeto no tenga licencia para portar la misma.

Eloísa, M. (s/f), en su artículo jurídico "*Concurso de Delitos*", en el cual señala:

a) El concurso Real de delitos se puede dar en su figura homogénea y heterogénea.

Bastante cabida le da esta investigación pues la situación de ambos delitos cabe a la perfección en la figura de Concurso Real, pues al ser dos momentos consumativos distintos y dos delitos de naturaleza distinta, a figura correcta sería el de Concurso Real Heterogénea.

Para finalizar debemos considerar que por la propia naturaleza del delito de Posesión de Arma de Fuego, este se prolonga en el tiempo, puesto que como lo mencionamos este es un delito de estado y de mera actividad, y por tanto se habrá consumado en un primer instante (posesión). Así dado el caso de que Pedro obtuvo el arma sin autorización el seis de marzo de 2016, y transcurrido el tiempo, el seis de octubre de 2016, este sujeto comete

un robo, amenazando con el arma obtenida 7 meses antes, logrando su cometido, fugando del lugar con dicha arma; aquí podemos observar que existen dos delitos consumados, y sobre todo en distintos momentos, el primero (TIAF), el seis de marzo de 2016 y el otro el 7 de octubre de 2016, y aún más teniendo en cuenta que el TIAF continuará después del robo cometido en la fecha antes mencionada.

Pues bien, en esta circunstancia se está acreditando el concurso real de delitos, toda vez que este exige para su configuración, que exista unidad de autor (Pedro), que exista pluralidad de acciones (dos fechas distintas en los cuales se cometieron el hecho), y aún más sería un concurso real heterogéneo, toda vez que el robo agravado y TIAF son de distinta naturaleza jurídica, pues estos protegen bienes jurídicos distintos.

También debemos considerar que no existe una proporcionalidad con respecto a las penas en la aplicación de la misma, por ejemplo, una persona que comete robo agravado con arma de fuego podría ser condenado a una pena no menor de doce ni mayor de veinte años y una persona que tenga ilegalmente un arma de fuego podría ser condenado a una pena de no menor de 6 ni mayor de diez.

De igual manera ocurriría si el mismo sujeto -provisto de un arma de fuego obtenida ilegalmente y este no la muestra en el asalto- asalta en compañía de otro a un joven, ambos sujetos serán procesados por robo agravado (de 12-20 años), con la agravante de realizarlo con el concurso de dos o más personas, pero solo uno será procesado también por la tenencia ilegal de arma de fuego (6-10), pudiendo ser condenado este último hasta por 30 años de pena privativa de libertad, de igual modo valdría preguntarse ¿y qué pasaría si hubiesen usado el arma de fuego?, pues serán procesados, (insisto según la postura doctrinal y jurisprudencial actual), por únicamente robo agravado con las agravantes de realizarlo a mano armada y con el concurso de dos o más personas, cuya pena no será mayor de 20 años, lo cual haría una diferencia de 10 años, que seguramente será aprovechado por el delincuente, simplemente usando el arma de fuego

obtenida ilegalmente para utilizarla en el asalto y así su suerte no permitirá que llegue a obtener una pena de 30 años.

Otro punto a favor de la posición de la existencia de un concurso real de delitos, es que de darse los casos antes previstos, exactamente en aquellos que cometieron robo agravado usando el arma de fuego obtenida ilegalmente, y de llegar a juicio oral, y que en esta etapa se desestime el robo, el fiscal tendrá que realizar una nueva investigación por la tenencia ilegal de armas de fuego, lo cual podría ser diferente si es que se llegase a esa instancia del proceso con los dos delitos en concurso, pues de darse el caso de la desestimación del robo, quedaría pendiente la tenencia ilegal de armas de fuego, lo que podría simplificar tiempo, y gastos para el imputado como para el estado.

Si, tomamos en cuenta un pensamiento absurdo, por así decirlo, y acogiéndonos a lo establecido por la doctrina y jurisprudencia, cuando nos dicen que la tenencia ilegal de arma se encuentra subsumida en la agravante de “a mano armada”, se podría tomar una interpretación de que, si yo autor del hecho realizo el robo con un arma con licencia y autorización administrativa, entonces mi acción no se subsumiría en el numeral 3 del 189°, sino solo en el robo simple, pues lo anterior subsume “la antijuricidad de la tenencia ilegal de armas de fuego”.

También es que taxativamente en el artículo 189 del código penal no se encuentra la agravante de “a mano armada con arma de fuego sin autorización”, como si ocurre con el delito de lesiones y homicidio.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1. Conclusiones

- A. Existe desde hace décadas una diversidad de posiciones y criterios frente a la forma en que deben concursar los delitos de Robo Agravado y de Posesión de Arma de Fuego.
- B. No postular el Delito de Robo agravado mediante un concurso real con el Delito de Porte de Armas de Fuego, genera la impunidad de este último.
- C. Se ha llegado a determinar que la forma correcta en la que deben ser postulados y procesados los Delitos de Robo Agravado (a mano armada) y de Porte de Armas de Fuego, es mediante un Concurso Real Heterogéneo.
- D. Tanto el Delito de Robo y el Delito de Posesión de Arma de Fuego tienen momentos consumativos distintos, tienen una naturaleza distinta una del otro y protegen bienes jurídicos distintos, por lo tanto no podría hablarse de un concurso ideal, ni mucho menos aparente de Leyes.
- E. Los Jueces y Fiscales Penales no postulan un concurso real cuando se les presentan en un caso específico- pese a que consideran que esta es la forma correcta de hacer concursar estos delitos- debido a que no existe uniformidad de criterios, por ello la Corte Suprema de Justicia debe emitir un pronunciamiento Doctrino-Jurisprudencial a efectos de que ponga fin a la problemática.

3.2. Recomendaciones

La única recomendación que realiza el autor, y que busca este trabajo de investigación es que la Corte Suprema de la República del Perú emita un pronunciamiento doctrino-jurisprudencial, en el cual se establezca que el Delito de Posesión de Arma de Fuego no se subsume en la agravante “a mano armada” del Delito de Robo Agravado (numeral 3 del artículo 189), fundamentándose en los argumentos expuestos y desarrollados en la presente investigación.

REFERENCIAS

- Bramont-Aarias, L. (1995), Código Penal Anotado. Editorial San Marcos. Lima.
- Castañeda, M (2014), Tenencia ilegal de Armas, Diferencias entre “Posesión Irregular” y “Posesión legítima” de armas. Jurista Editores. Lima.
- Dueñas, A. y Oblitas M. (2015), “Problemática en la tipificación de la agravante del delito de robo, perpetrado con réplica de arma de fuego en el artículo 189 del código penal peruano”. (Tesis de Titulación). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo.
Recuperado de <http://repositorio.uss.edu.pe/xmlui/handle/uss/3686>
- Eloísa, M. (s/f), “Concurso de Delitos”. Mexico. Recuperado de:
<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf>
- Espinoza, D., (2015), Fortaleciendo al Estado: el caso del control de armas de fuego y municiones de uso particular en Perú durante el período 2013 – 2015. (tesis de Titulación). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Recuperado de:
tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/720
- García, P. (2012), Derecho Penal, Parte General. Jurista Editores. Lima. Perú.
- Hurtado, J. (2011), Derecho Penal, Parte General. Grijley. Lima.
- Jescheck, H. (2002), Tratado de Derecho Penal parte general. Comares, Granada.
- Lara, N. (2007), Análisis Dogmático del Delito de Posesión o tenencia ilegal de armas de fuego, (Tesis de Grado de Licenciado). Universidad de Chile. Chile.
Recuperado de: repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112861/delara_r.pdf?sequence=1

- Mena, F. (2017), "Robo a mano armada, Alcances interpretativos". (Tesis de Titulación). Universidad de Piura. Piura. Recuperado de:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2885/DER_095.pdf?sequence=1&iSAllowed=y

- Muñoz, F. (2004), Teoría General del Delito. Temis. Bogotá. Colombia.

- Nuereña, C. (s/f), "La sobrepenalización del delito de robo agravado: su incidencia delictiva en la ciudad de Trujillo durante los años 2008-2009". Trujillo. Recuperado de: Revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/viewFile/905/832

- Peña-Cabrera, A. (2016), Derecho Penal, Parte Especial. Idemsa. Lima.

- Petean, J. (S/F), ¿Cómo deben concursar los delitos de robo con armas y la portación?. Argentina. Recuperado de: www.terragnijurista.com.ar

- Reategui, J. (2016), Tratado de Derecho Penal. Ediciones Legales. Lima.

- Rojas, F. (2016), Código Penal, comentarios y jurisprudencias. RZ Editores. Lima.

- Roxin, C. (1989), Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Ariel. Barcelona. España.

- Salinas, R. (2015), Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Iustitia. Lima.

- Solano, R. (2010), "¿El delito de Robo Agravado subsume el Delito de TIAF?". Chiclayo. Recuperado de:
http://www.ussvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/2010-VEL_DELITO_DE_ROBO_AGRAVADO_SUBSUME_AL_DELITO_DE_TIAF.doc

- Tello, J. (2013), "Robo agravado con arma de fuego y tenencia ilegal de armas- Resolución de una añeja problemática concursal". En Torres, M., Robo y Hurto.

Lima. Perú. Gaceta Jurídica.

-Villavicencio (2016), Derecho Penal Parte General. Grijley. Lima

-Zaffaroni, E. (2005), Manual de Derecho Penal. Ediar. Buenos Aires. Argentina.

ANEXOS

Anexo 01:

Resolución de aprobación del proyecto de investigación



Pimentel, 28 de abril del 2022

VISTO:

El oficio N° 0219-2022/FD-ED-USS de fecha 27 de abril del 2022, presentado por la Escuela Profesional de Derecho, donde solicita se emita la resolución de la aprobación de los proyectos de Investigación (tesis) del CURSO-TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE TESIS DE PREGRADO Y POSGRADO, y,

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su Artículo 18° establece que: *"La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica (...). Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes."*

Que, acorde con lo establecido en el Artículo 8° de la Ley Universitaria, Ley N° 30220, *"La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente ley demás normativa aplicable. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes: normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico"*. La Universidad Señor de Sipán desarrolla sus actividades dentro de su autonomía prevista en la Constitución Política del Estado y la Ley Universitaria N° 30220.

Que, acorde con lo establecido en la Ley Universitaria N°30220; indica:

- Artículo N° 6°: Fines de la Universidad, Inciso 6.5) *"Realizar y promover la investigación científica, tecnológica y humanística la creación intelectual y artística"*.

Que, el Reglamento de Investigación de la USS Versión 7, aprobado con Resolución de Directorio N°0199-2019/PD-USS, señala:

- Artículo 34°: *"El asesor del proyecto de investigación y del trabajo de investigación es designado mediante resolución de facultad"*.
- Artículo 36°: *"El comité de investigación de la Escuela Profesional aprueba el tema del proyecto de Investigación y del trabajo de investigación acorde a las líneas de investigación institucional"*.

Que, Reglamento de Grados y Títulos Versión 07 aprobado con resolución de directorio N° 086-2020/PD-USS, señala:

- Artículo 21°: *"Los temas de trabajo de investigación, trabajo académico y tesis son aprobados por el Comité de Investigación y derivados a la facultad o Escuela de Posgrado, según corresponda, para la emisión de la resolución respectiva. El periodo de vigencia de los mismos será de dos años, a partir de su aprobación (...)"*.
- Artículo 24°: *"La tesis, es un estudio que debe denotar rigurosidad metodológica, originalidad, relevancia social, utilidad teórica y/o práctica en el ámbito de la escuela académico profesional (...)"*.
- Artículo 25°: *"El tema debe responder a alguna de las líneas de investigación institucionales de la USS S.A.C"*.

Que, visto el oficio N° 0219-2022/FD-ED-USS de fecha 27 de abril del 2022, en el cual se establece la procedencia para la aprobación de los proyectos de tesis del CURSO-TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE TESIS DE PREGRADO Y POSGRADO, de la escuela profesional de Derecho, quienes cumplen con los requisitos, por lo que se debe proceder a su inscripción respectiva, con fines de sustentación.

Estando a lo expuesto y en uso de las atribuciones conferidas y de conformidad con las normas y reglamentos vigentes.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR los **PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN (TESIS)** del **CURSO-TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE TESIS DE PREGRADO Y POSGRADO** de la escuela profesional de Derecho, que a continuación se detalla:

ADMISIÓN E INFORMES

074 481610 - 074 481632

CAMPUS USS

Rm. 5, Carretera a Pimentel

Chiclayo, Perú

Distribución: Rectorado, Vicerrectorado Académico, Vicerrectorado de Investigación, Decanos de Facultad, Jefes de Oficina, Jefes de Área, Archivo.

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
1	RAMOS IZQUIERDO NADYN JHUZANY ESTEPHANY	"RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE"
2	CORTEZ AURAZO JOSE CARLOS	"DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME EL DELITO DE PORTE DE ARMAS DE FUEGO"
3	BANCES CHERO GRECIA CAROLINA FELICIANA	"USO INADECUADO DEL PERIODO DE PRUEBA EN LA ACTIVIDAD PRIVADA FRENTE A LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN CIUDAD DE CHICLAYO"
4	DAVILA MALDONADO JOSE AGAPITO	"INFRACCIÓN DEL HORARIO DE PROTECCIÓN AL MENOR EN PROGRAMAS TELEVISIVOS, EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 28278-LAMBAYEQUE"
5	AREVALO TOCTO PAMELA ANA MAURA	"RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD EN RELACIÓN A LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS"
6	GUZMAN CORONADO RICARDO DIEGO	"DEPENDENCIA POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA DEL PROCURADOR MUNICIPAL Y LA DEFENSA DE LOS INTERESES MUNICIPALES, PIURA"
7	ZUÑE BISPO GENARA RILENE	"PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA TENENCIA DE HECHO CONTRA LA SUSTRACCIÓN PARENTAL - CHICLAYO"

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPONER que las áreas competentes tomen conocimiento de la presente resolución con la finalidad de dar las facilidades para la ejecución de la presente Investigación.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE



Dra. Dioses Lescano Nelly
Decana de la Facultad de Derecho y Humanidades



Mg. Delgado Vega Paula Elena
Secretaria Académica Facultad de Derecho y Humanidades

ADMISIÓN E INFORMES

074 481610 - 074 481632

CAMPUS USS

Km. 5, carretera a Pimentel
Chiclayo, Perú

Distribución: Rectorado, Vicerrectorado Académico, Vicerrectorado de Investigación, Decanos de Facultad, Jefes de Oficina, Jefes de Área Archivo.

Anexo 02:

Formato de entrevista

TESIS: “EL DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME EL DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS.”

Presentación del entrevistador:

Señor(A), ante Usted respetuosamente me presento y digo.-

Soy alumno del XI ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán; y realizaré una breve entrevista el cual tiene como objetivo, recabar los puntos de vista, opiniones y críticas respecto a la problemática de interpretación existente en el proceso penal, referido a la forma en la que deben concursar los delitos de Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Armas.

Instrucciones:

Desarrolle usted las siguientes interrogantes de acuerdo a su formación académica-dogmática, criterio lógico y experiencias fácticas.

1. ¿Cuánto tiempo lleva cumpliendo la función de magistrado?

2. ¿Desarrolle usted los aspectos fundamentales del Delito de Robo Simple y su figura Agravada?

3. ¿Cuál es según su punto de vista Dogmático el momento consumativo del Delito de Tenencia Ilegal de Armas?

4. ¿Cree usted que existe un problema jurídico, respecto a la forma en la que debe concursar los Delitos de Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Armas?

5. ¿Según su posición, cual es la forma en la que deben concursar estos delitos y en que se fundamenta?

6. ¿En su labor como administrador de justicia estos casos en su labor, y porqué?

7. ¿Cuál cree que sea el problema para que aún exista este enfrentamiento de posiciones respecto al tema,?

8. ¿Cuál cree usted que sería la salida jurídica para acabar con este problema de interpretación?

Anexo 03:
Matriz de consistencia

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN Y MUESTRA
EL DELITO DE ROBO AGRAVADO NO SUBSUME EL DELITO DE PORTE DE ARMAS DE FUEGO	¿La relación concursal que relacionan los Delitos de Robo Agravado y Porte de Armas de Fuego es de un Concurso Aparente, Ideal o Real de delitos?	GENERAL:	Mediante un pronunciamiento Doctrino Jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se debe buscar la uniformidad de criterio respecto a que la forma correcta en que deben concursar los delitos de Robo Agravado (A mano armada) y Porte de Armas de Fuego, es mediante un Concurso Real de Delitos Heterogéneo, para así evitar la	Independiente: ROBO AGRAVADO Y TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	TIPICIDAD OBJETIVA	Tipo de investigación.- Descriptiva Experimental Diseño de investigación.- Exploratorio	Población. Operadores Jurídicos que se desarrollan en la Administración de Justicia Penal Muestra. 7 Jueces Penales y 16 Fiscales Penales Unidad de Estudio. 4 Jueces 4 Fiscales
		Determinar la figura penal en la que concursan los delitos de Robo Agravado y Tenencia Ilegal de Armas en una imputación	Jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se debe buscar la uniformidad de criterio respecto a que la forma correcta en que deben concursar los delitos de Robo Agravado (A mano armada) y Porte de Armas de Fuego, es mediante un Concurso Real de Delitos Heterogéneo, para así evitar la		TIPICIDAD SUBJETIVA		
		ESPECÍFICOS:	1.-- Analizar a través del Desarrollo de la presente investigación el Tipo Penal de Robo Agravado. 2.-- Analizar y desarrollar el Delito de Tenencia ilegal de Armas de Fuego. 3.-- Plantear que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú emita un Pronunciamiento DoctrinoJurisprudencial con la que se establezca que el Tipo Penal de Porte o uso de Armas de Fuego, es un delito totalmente independiente al delito de Robo Agravado. 4.-- Estimar los resultados que generará que la Corte Suprema emita un pronunciamiento en el que se establezca la responsabilidad penal del extraneus en el delito de negociación incompatible en calidad de cómplice	Dependiente: CONCURSO REAL DE DELITOS	CONSUMACION		
				inmuniad del delito	PRINCIPIOS		

Anexo 04:
Jurisprudencia

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

**Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Penal para
Procesos con Reos Libres**

“Judicatura digna, democrática e institucional”

EXPEDIENTE Nº 24326-2010

D.D. Dra. Napa Lévano

Lima, 8 de enero de 2013

VISTOS: En audiencia pública el proceso penal seguido contra Rodrigo Simón Aguilar; identificado con documento nacional de identidad número cuatro cinco cero cuatro ocho seis dos cinco, acusado de la comisión del delito contra el Patrimonio

–ROBO AGRAVADO–, en agravio de Guillermo Vidalón Quispe;

RESULTA DE AUTOS: Que, a mérito del Atestado Nº 717-10-VII-DIRTEPOL/DIVTER-ESTE-2-CVSEINCRI, de fojas dos y siguientes elaborado por la Comisaría de Vitarte, de fecha dieciséis de agosto del año dos mil diez, la señora representante del Ministerio Público formalizó la correspondiente denuncia penal, obrante a fojas veinte; la que merituada por el señor juez penal, motivó la expedición de auto de inicio de proceso de fecha dieciséis de agosto del año dos mil diez, dictándose la medida coercitiva personal de Comparecencia Restringida. Que, seguido el proceso por el trámite ordinario correspondiente, vencidos los plazos de instrucción, con el informe final de fojas noventa y ocho y su ampliación de fojas setenta y nueve y su complemento obrante a fojas ciento uno, se elevaron los autos a esta Superior Sala Penal, remitiéndose los mismos al despacho de la señora fiscal superior quien emitió su acusación escrita de fojas ciento treinta y ocho, por cuyo mérito se emitió el auto superior de enjuiciamiento de fojas doscientos treinta, señalándose fecha y hora para la verificación del

juicio, el mismo que se ha llevado a cabo en el modo y forma que aparecen de las actas que preceden; producida la requisitoria oral de la representante del Ministerio Público, oído los alegatos de la defensa cuyas conclusiones obran en pliegos separados, ha llegado el momento procesal de dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

Primero.- DE LA IMPUTACIÓN: Se desprende de la imputación fáctica contenida en la acusación fiscal, que con fecha dieciséis de agosto del año dos mil diez a horas una aproximadamente, encontrándose el agraviado Vidalón Quispe a bordo de un vehículo que supuestamente brindaba transporte público en el paradero de Las Brisas en el distrito de Ate, es sorprendido por un sujeto que lo cogió del cuello, en tanto otros individuos que también se encontraban a bordo, lo agredieron físicamente, despojándolo de sus zapatillas, casaca, reloj, un polo y el monto de cincuenta nuevos soles, arrojándolo seguidamente del vehículo en marcha, descendiendo el acusado, quien es perseguido por el agraviado, circunstancia en que hace su aparición efectivos policiales que se percatan de la escena y lo neutralizan.

Segundo.- Por los hechos antes descritos y analizados, se abrió instrucción y formuló acusación contra Simón Aguilar Rodrigo por delito contra el Patrimonio –Robo Agravado–, previsto y sancionado en el artículo ciento ochenta y ocho - tipo base con las agravantes contenidas en los incisos dos y cuatro del primer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, el mismo que tiene como bien jurídico protegido el Patrimonio –específicamente la posesión de un bien mueble–, pero además, también la libertad, la vida, la integridad física de las personas, hecho que lo configura como un delito compuesto o pluriofensivo; y para los efectos de la tipicidad objetiva, el sujeto activo puede ser cualquier persona, a excepción del propietario; sujeto pasivo puede ser cualquier persona física o jurídica que disfrute de la posesión inmediata del bien mueble, cualquiera que sea el título por el que dispone de dicha facultad. El comportamiento consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentre, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física; finalmente para los efectos de la tipicidad

subjetiva se requiere del dolo.

Tercero.- Dentro del marco jurídico de la actividad probatoria, a fojas nueve obra la manifestación policial prestada por el acusado en presencia del representante del Ministerio Público, quien, con el evidente ánimo de eludir su responsabilidad penal, sostuvo que el día y hora en referencia se encontraba en el paradero Las Brisas esperando el vehículo que lo conduciría a su domicilio, percatándose a siete metros que al agraviado lo arrojaban de una combi de la cual descendieron dos individuos que se dirigieron por su lado, los mismos que eran perseguidos por este último, quien presentaba evidentes síntomas de estado de ebriedad; que a consecuencia del desconcierto, la víctima en la creencia que formaba parte del grupo que lo había asaltado, opta por perseguirlo también, circunstancia que ameritó fuge del lugar para ponerse a buen recaudo y salvar su integridad física ya que este intentaba atacarlo, precisó además que el hecho fue presenciado por un aproximado de diez personas y que momentos antes se encontraba en la discoteca Holiday en compañía de su amiga Tania Morales y otra persona de la cual desconocía su nombre hasta las veintitrés horas. Argumento de descargo que varió ostensiblemente en su instructiva de fojas ochenta y tres, donde precisó que en ningún momento divisó que el agraviado u otros individuos desciendan de un vehículo de transporte, habiéndose defendido de las agresiones que este último le profería, tales como golpes de puntapié y puño en el rostro, y que momentos antes se encontraba en compañía de su amigo Milton Amorín con quien había concurrido a la discoteca Holiday; agregando que a la fecha de los hechos laboraba en Ladrillera Calderón, lugar en el que permaneció hasta antes de su intervención, reemplazando seguidamente a un amigo en una Pampa de Nievería. A nivel de juicio oral en sesión de fecha seis de noviembre último, persistiendo en estas últimas afirmaciones, agregó que su amigo Milton Amorín habría estado con su persona en el paradero Las Brisas, no obstante aquel se habría dirigido a la tienda a comprar agua mineral, intervalo de tiempo en el que se suscitaron los hechos materia de juzgamiento; precisando asimismo, que el día en referencia también se encontraba con síntomas de ebriedad por cuanto había libado licor con cuatro amigos, en un aproximado de veinticuatro botellas de cerveza, agregando que se

encontraba vestido con zapatillas blancas, pantalón jim azul, polo blanco y chompa verde.

Cuarto.- A fojas siete obra la manifestación prestada a nivel policial por el agraviado Guillermo Vidalón Quispe, quien de forma exhaustiva, narrando los pormenores derivados de la acción ejercitada en su perjuicio, precisó que el día dieciséis de agosto de dos mil diez a horas cero con veinte aproximadamente, abordó una combi en el paradero de Las Brisas con la finalidad de dirigirse a la comisaría de Vitarte, siendo el caso, que al pretender descender de dicho vehículo, cinco individuos que se encontraban en su interior, de manera abrupta lo abordan y cogen del cuello, agrediéndolo con golpes de puño y puntapiés en diferentes partes del cuerpo para seguidamente sustraerle sus pertenencias consistentes en sus zapatillas, casaca, reloj, polo y cincuenta nuevos soles; que consumado el hecho, lo bajan violentamente del vehículo, descendiendo uno de los asaltantes, a quien persigue raudamente, circunstancias en la que hacen su aparición efectivos del orden a bordo de un vehículo oficial, quienes al percatarse del hecho, intervienen al acusado. Versión que en su conjunto se condice con las afirmaciones que efectuara a nivel de juicio oral en sesión de fecha siete de diciembre último, donde precisó que le habrían roto la cabeza, y que parte de la sangre que fluyó se impregnó en la indumentaria del acusado quien portaba una chompa marrón claro de tono oscuro, lográndolo reconocer por dicha particularidad.

Quinto.- Con fecha catorce de diciembre último concurrió a juicio oral el testigo de parte Milton Amorín Magallanes, el mismo que haciendo una defensa abierta del acusado, precisó que efectivamente, concurrió con aquel a la discoteca Holiday, y que seguidamente se apersonaron al paradero Las Brisas para abordar el vehículo que los condujera a su domicilio, que en dicho ínterin siendo las doce y diez de la madrugada aproximadamente lo deja ya que este se encontraba ebrio y se dirige a la tienda ubicada a una cuadra y media con el objetivo de comprar agua mineral, que trascurrido diez minutos regresó y no encontró a su amigo, no habiendo presenciado el robo del cual fue pasible el agraviado; asimismo, haciendo gala de un impresionante sentido memorístico, indicó que el acusado se encontraba vestido con una chompa

verde, polo blanco, jim azul y zapatillas blanca; no obstante, al ser preguntado como era la franja del vehículo que abordaron para trasladarse al paradero de Las Brisas, refirió que no recordaba.

Sexto.- A fojas cincuenta y uno obra la testimonial brindada a nivel judicial por el efectivo policial Jesús Sánchez Villacorta, quien manifestó que en circunstancias que se encontraba patrullando, se percató que el agraviado quien emanaba sangre de la cabeza, perseguía raudamente al acusado solicitando apoyo y vociferando que aquel lo había asaltado en compañía de otros sujetos al interior de una combi; situación que fue constatada por transeúntes y vigilantes que se encontraban alrededor.

Sétimo.- A fojas trece, corre el certificado médico legal número cero uno siete cinco uno siete - L, practicado al agraviado con fecha dieciséis de agosto de dos mil diez, que precisa presentó herida contusa suturada de un centímetro en región parietal derecha, tumefacción en región malar izquierda, erosión con equimosis y tumefacción en mucosa en labio inferior izquierdo, ocasionado por agente contundente duro, requiriendo atención facultativa de dos días e incapacidad médico-legal de siete días; suscribiéndose como observación que este presentaba aliento alcohólico, lo que corrobora la versión sostenida por el acusado.

Octavo.- La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, deben ser apreciadas y valoradas en su conjunto, no pudiendo determinarse la responsabilidad del procesado con base en presunciones, máxime cuando se trate de delitos sancionados con pena grave. Que, a mayor abundamiento, el hecho punible, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba.

Noveno.- Que, la Corte Suprema de la República, ha establecido con carácter de vinculante las reglas de valoración que han de tomarse en cuenta

para determinar el carácter probatorio derivado de la incriminación vertida por la víctima, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, señalando como garantías de certeza: 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 solo 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; esto es, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso.

Décimo.- Que en el caso juzgado, al analizar y valorar cada una de las pruebas recogidas durante la investigación preliminar, instrucción y debatidas en el acto oral, el colegiado advierte que el agraviado en forma uniforme, coherente y persistente mantuvo inalterable su posición, increpando directamente al procesado su participación en la comisión del ilícito perpetrado en su agravio, recalándole el detalle que permitió su identificación; que frente a la rigidez de dichos argumentos el acusado ha intentado menoscabar su objetividad, argumentando que este al encontrarse ebrio lo confundió con sus asaltantes, ofreciendo incluso la testimonial de una persona a la que no nombró y describió su accionar en tiempo más cercano a los hechos, que a mayor abundamiento, dicho testigo Amorín Magallanes al concurrir a juicio oral, no aportó mayores detalles que conlleven al juzgador sostener la irresponsabilidad del procesado, antes bien agregó que tomó conocimiento de los hechos al día siguiente y que no se preocupó en ver a su amigo porque se encontraba trabajando, precisando que en los alrededores del lugar no se encontraba persona alguna, extremo este último que contradice lo afirmado por el propio acusado a nivel preliminar, quien sostuvo que había un grupo de diez personas aproximadamente, fundamentos que nos hace concluir que el órgano de prueba ofrecido no reúne los estándares de credibilidad suficientes para enervar la tesis incriminatoria; situación que no es extensible para la imputación forjada desde el nivel preliminar por el agraviado, quien narró enfática y objetivamente el marco

de circunstancias ejercido por los asaltantes y las lesiones que se le produjeron a consecuencia de ello, dicho que se encuentra contrastado con lo vertido por el efectivo policial Sánchez Villacorta, quien percatándose de la persecución ejercida por el agraviado, y lo indicado por transeúntes y vigilantes de la zona, intervino al acusado, observando en dicho ínterin que emanaba sangre de la cabeza de la víctima, circunstancia esta última que se condice con lo expresado por el agraviado en juicio oral y lo notado en el certificado médico legal de fojas trece que describe que dicho sujeto procesal presentó una herida contusa suturada de un centímetro en región parietal derecha; y si bien, en esta misma instrumental se consignó que presentaba aliento alcohólico, no determinó el grado de nocividad que permita fijar con objetividad que dicho individuo no se encontraba en el ejercicio de sus facultades perceptivas, escenario del cual se deslindó íntegramente el agraviado, quien indicó que era consciente de sus actos e intentaba aprehender a uno de los asaltantes, persecución que fue presenciada por el efectivo policial Sánchez Villacorta y que naturalmente no es propia o inherente a personas con las características invocadas por la defensa técnica; contexto que homologado a lo esgrimido en el certificado médico legal practicado al agraviado, permite establecer con suficiencia que el mismo no fue agredido físicamente y que no habría libado la cantidad de licor que habría referido, pues dicha acotación al igual que en el caso del agraviado, se hubiera consignado en el certificado médico legal, enervándose en ese sentido lo alegado tanto por este como por el testigo Amorín Magallanes cuando sostuvieron que se encontraba totalmente ebrio. En consecuencia, al haber adquirido la imputación la aptitud probatoria de cargo que exige la doctrina legal descrita en el noveno considerando, por ser uniforme, coherente, persistente y corroborada con elementos periféricos; la presunción de inocencia que le asiste constitucionalmente al acusado se ve enervada, fundamento que nos hace concluir en que se encuentra probada la comisión del delito y la responsabilidad penal del procesado a título de autor.

Undécimo.- La pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos, es

decir que junto a los fines preventivos y generales positivos, la pena estatal debe buscar un efecto preventivo- especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor, y cuando esto no fuera posible, debe evitar que la pena desocialize o empeore la situación del culpable. Todo ello supone entender que la pena estatal genera efectos sociales positivos en la medida que respeta y se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad; en ese sentido, la misma no puede actuar según las demandas sociales y mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito –en especial la determinación judicial de la pena– se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente; por lo que, habiéndose concluido por la responsabilidad penal del acusado, es menester destacar lo siguiente: a) Que tiene la condición de agente primario, por no registrar antecedentes penales ni judiciales, conforme se desprende de los certificados obrante a fojas ciento cincuenta y seis y ciento cincuenta y siete; b) Las circunstancias que enmarcaron el hecho y la pluralidad de agentes intervinientes; c) Que siendo así, estando a los fines preventivos, protectores y resocializadores de la pena, la misma debe imponerse en atención a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que debe ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a los que se contraen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, así como los parámetros doctrinarios establecidos en el acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116.

Duodécimo.- Para fijar la reparación civil se deberá considerar lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal por el que se establece que la misma comprende la restitución del bien o en todo caso, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, por lo que el monto se deberá fijar de manera prudencial para resarcir el daño sufrido por la parte agraviada.

Por estas consideraciones, en aplicación de los artículos veintitrés, veintinueve, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, noventa y dos, noventa y tres, ciento ochenta y ocho como tipo base con las agravantes contenidas en los incisos dos y cuatro del primer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal; y los artículos doscientos ochenta, doscientos ochenta y tres y

doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, la PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS LI-

BRES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA juzgando los hechos y las pruebas con el criterio de conciencia que la ley autoriza y administrando justicia a nombre de la Nación; **FALLA: CONDENANDO** a Rodrigo Simón Aguilar, identificado con documento nacional de identidad número cuatro cinco cero cuatro ocho seis dos cinco, como autor del delito contra el Patrimonio –ROBO AGRAVADO–, en agravo de Guillermo Vidalón Quispe; imponiéndole como tal SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD que computados a partir de la fecha vencerá el siete de enero del año dos mil diecinueve, **FIJARON:** en la suma de seiscientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado; **ORDENARON:** El internamiento del sentenciado en el establecimiento penal que corresponda, oficiándose para tal efecto a la autoridad penitenciaria; **MANDARON:** Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expidan los boletines de condena e inscriba donde corresponda; archivándose los autos definitivamente con conocimiento del juez de la presente causa.

SS. DR. JUAN CARLOS VIDAL MORALES - PRESIDENTE; DRA. LUISA ESTELA NAPA LÉVANO - JUEZ SUPERIOR Y D.D.; DR. CÉSAR AUGUSTO VÁSQUEZ ARANA - JUEZ SUPERIOR

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Primera Sala Penal para Procesos con Reos en

Cárcel EXPEDIENTE N° 09462-2011

D.D. Meza Walde

Sentencia

Lima, 20 de diciembre de 2012

VISTOS: En Audiencia Pública la causa penal seguida contra Gustavo Fernando Fernández Urdiales (reo en cárcel) por delito contra el patrimonio –robo agravado en grado consumado– en agravio de la pollería “Las Canastas”; **APARECE DE LO ACTUADO:** Que por mérito del Atestado N° 46-10-DIRINCRI-PNP-DIVINCRI SURCO- DPTO.ROBOS de fecha veintinueve de abril de dos mil once; que corre de fojas uno y siguientes, fue formalizada la denuncia penal de fojas ciento cuarenta y cuatro, por cuyo mérito el juzgado penal emite el correspondiente auto de procesamiento de fojas ciento cuarenta y nueve; **AVOCÁNDOSE** al conocimiento del proceso penal el Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, como se ve a fojas ciento sesenta y nueve; que tramitada la causa según su naturaleza ordinaria, emitidos los informes del señor Fiscal Provincial de fojas trescientos sesenta y cuatro, y del a quo de fojas trescientos sesenta y siete, fueron llevados los autos a esta superior sala penal, remitiéndose los mismos a la vista de la fiscalía superior, emite su acusación escrita de fojas trescientos noventa y cuatro, por lo que esta superior sala emite el auto superior de enjuiciamiento de fojas cuatrocientos diecisiete, señalando día y hora para llevar adelante la audiencia pública, la que se ha llevado conforme a las formalidades que establece el ordenamiento jurídico procesal penal, y luego de oír la acusación oral de la señora fiscal superior adjunto, así como los alegatos de defensa, luego de recibidas sus conclusiones por escrito y por separado, fueron formuladas, discutidas y votadas las cuestiones de hecho, quedando la causa expedita para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

Primero.- Que el proceso judicial en tanto debido proceso legal, es el

instrumento necesario para la obtención de la tutela judicial por parte del órgano jurisdiccional constitucionalmente señalado para dicho efecto, a partir del cumplimiento de sus principales finalidades y en la oportunidad correspondiente, según se desprende del artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución; de ahí que la actividad jurisdiccional requiere, que los destinatarios de la misma tengan el derecho a conocer las razones de una decisión dentro de un proceso judicial; es así que, el juez debe “mostrar” sus resoluciones, fundamentarlas en aspectos jurídicos y fácticos, porque el juez está en la obligación no solo de decidir, sino también de justificar las razones legales de su decisión, por tanto el proceso de argumentación y sustentación de su respuesta legal, implica necesariamente un acto comunicativo cristalizado en la sentencia judicial, en aras de la seguridad jurídica, en atención a que constituye garantía de la administración de justicia, la motivación de las decisiones judiciales, en razón de que los destinatarios (justiciables) de la misma tienen el derecho a conocer las razones de una decisión dentro de un proceso judicial;

Segundo.- Que, en materia penal para la imposición de una sentencia condenatoria, la misma debe estar sustentada en pruebas suficientes, idóneas y diáfanas que permitan al juzgador poder arribar a la convicción, sin un ápice de duda, respecto a que de lo actuado se haya acreditado, no solo la comisión del injusto incoado, sino también la responsabilidad penal de la persona inmersa en el proceso penal, dado que el Derecho Penal tiene como misión especial la protección de aquellos bienes jurídicos vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública; de ahí que el derecho los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos, tutelándolos; en ello consiste el principio de lesividad, y constituyendo el Derecho Penal un medio de control social que sanciona aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley, como en este caso el honor sexual de una menor de edad, y en aras de lograr la paz, este propósito se logra a través de un proceso penal donde el juzgador determina la aplicación o no de la sanción correspondiente, bajo el principio de que la inocencia se presume y la culpabilidad se prueba; por lo que dentro del marco jurídico de la actividad

probatoria y los principios consagrados tanto en nuestro Derecho Constitucional y ordenamiento procesal penal, la instrucción está orientada a incorporar al proceso los medios probatorios idóneos y pertinentes para cabal conocimiento del *thema probandum* y poder llegar así a la verdad concreta y en caso de no lograrlo, arribar a la verdad legal respecto a la realización o no del hecho que motivó la apertura de instrucción en virtud al análisis y razonamiento lógico-jurídico por parte del juzgador que queda plasmado en la sentencia;

Tercero.- Que la acusación fiscal contra el procesado radica en imputarle que el día diez de abril del año dos mil once, aproximadamente a las dieciséis horas con cuarenta minutos, tres sujetos desconocidos provistos de armas de fuego ingresaron a la pollería Las Canastas, ubicada en la avenida La Encalada número ochocientos sesenta y tres y número ochocientos setenta y uno, en el distrito de Santiago de Surco, reduciendo, amordazando y maniatando al personal que se encontraba en dicho local, para seguidamente sustraer de la caja registradora la suma de mil nuevos soles, una laptop y un teléfono celular, luego de lo cual se dieron a la fuga con dirección desconocida a bordo de un vehículo automóvil color gris oscuro, que aguardaba en el frontis del citado negocio, siendo que el procesado Fernando Fernández Urdiales, empleado del mismo, quien facilitó la información necesaria relacionada con el restaurante, a efectos de perpetrarse el latrocinio, tales como puertas de ingreso, ubicaciones de las áreas del negocio y personal trabajador;

Cuarto.- El Gerente General del restaurante “Las Terrazas” Marco Antonio Gutiérrez Calderón declara a nivel policial –fojas veinte–, que se ratifica en su totalidad en la denuncia por él presentada; que el día de los hechos se encontraba en su oficina ubicada en el segundo piso, y no estuvo presente al momento en que se produjo el robo, que fue informado de ello por los empleados y bajó a verificar; que el monto de lo sustraído asciende a mil nuevos soles; que estuvieron presentes Oscar De La Cruz que trabaja como delivery. Carlos Melgar Chávez que trabaja como apoyo en el área de despacho, Clara Rivas y Yessenia Guerra que trabajan como cajeras y Willy Campos Vásquez que trabaja como almacenero; que el local cuenta con cámaras de video, e hizo entrega a la autoridad policial los videos grabados por las cámaras de seguridad, donde se

aprecia cómo se desarrolló el ilícito; que el acusado Fernández Urdiales fue asignado ese día al parqueo de vehículos, labor que realiza en el frontis del establecimiento, brinda su declaración testimonial ante el juzgado –fojas doscientos ocho–, recalcando que si bien las funciones del procesado al momento de los hechos era delivery, ese día se dedicaba cien por ciento al parqueo de vehículos o también conocido como *valet parking*, el cual requería permanecer afuera cuadrando los carros y entregando las llaves a los dueños, y que los problemas que él dice tener con su persona se debe a las reiteradas llamadas de atención que se le hacía por sus tardanzas, que observó al procesado en actitudes sospechosas, como preguntando por el cuadro de caja o el horario en que se retiraba el dinero al cajero o al que estuviera encargado de ello, y que la hora en la que se produjeron los hechos es la hora en que normalmente se hacen los retiros de caja, o sea a las cuatro de la tarde, cuando se cierra el delivery, y ese día al momento de los hechos, minutos previos se hizo el retiro de caja de cinco mil nuevos soles; el robo se ha producido en hora que por general se hace el retiro de la caja; que personalmente no se advirtió de ninguna conducta extraña del procesado, pero le comentaron que como en tres oportunidades estuvo indagando sobre el cuadro de caja o en qué horarios se retiraba el dinero, eso lo hacía con la cajera o el encargado de caja; que después de ver el video con la policía, estos preguntaron por qué el procesado entraba y salía tanto;

Quinto.- Del Parte N° 140-11-DIRINCRIPNP/DIVINCRUSURCO/DPTO/ROBOS que corre de fojas noventa y dos a fojas noventa y cuatro, se tiene que de las investigaciones en mérito de la denuncia interpuesta por el representante legal de la empresa agraviada, Marco Antonio Gutiérrez Calderón, denuncia el robo de la pollería agraviada, y en atención a los hechos narrados por este, tal cual lo manifiesta la representante del Ministerio Público en su acusación, da cuenta que los delincuentes dejaron una bolsa plástica color beige conteniendo una camiseta deportiva color azul, arrojado en la zona del delivery, asimismo indican que el empleado Willy Campos Vásquez fue lesionado por uno de los delincuentes con la cacha del arma a la altura del pómulo derecho, al haber puesto

resistencia; asimismo que de las investigaciones fluye, que los delincuentes habrían entrado por la puerta del servicio, adentrándose por los pasadizos, siendo que al estar cerca de las escaleras y ser vistos por uno de los empleados que estaba en el lugar, redujeron a este empleado, quien en su desesperación golpeó la puerta dos veces con la finalidad de ser escuchado por el procesado Gustavo Fernando Fernández Urdiales, quien se encontraba parado en la puerta principal del ingreso al área de comedor de clientes, el mismo que se percató del hecho pero ignoró e ingresó al interior de dicha área, asimismo en el interior del área de delivery fueron reducidos Carlos Enrique Melgar Chávez, Oscar De La Cruz y Willy Lorenzo Campos Vásquez, siendo este último atado de pies y manos, así como tapadas las bocas con cintas que los delincuentes portaban; luego, dos de los delincuentes se dirigen al área de caja, donde interceptan a Yessenia Micaela Guerra Manchego, mientras el otro delincuente se queda cuidando a los empleados antes mencionados en el área de delivery, de conformidad con sus respectivas manifestaciones. De la declaración de Clara Rivas, en la cual declara que observó que el procesado estaba detrás de la ventanilla de caja, mirando cómo los delincuentes la conducían hacia la salida y la obligaban a sacar dinero del cajero, cosa que obtuvieron sustrayendo mil nuevos soles, y este mismo no hizo nada aunque dicha empleada le hiciera gestos para que atine a apoyarla;

Sexto.- Del tenor del Parte Policial citado se tiene además que el personal de la Policía Nacional del Perú de la DIVINCRI SURCO se constituyó al lugar del hecho materia de investigación realizando la inspección técnico-policial, y tomas fotográficas de las ubicaciones de las áreas de delivery, caja, cocina y otros, verificando la existencia de una ventanilla de vidrio transparente que divide el área de caja y salón de clientes, de igual forma la existencia de tres puertas, la primera portón grande de ingreso al sótano, la segunda una puerta pequeña de vidrio cuyo acceso es por las escaleras que comunica al área de delivery, caja y cocina y la tercera es la puerta principal de ingreso de clientes, estas puertas se encuentran divididas aproximadamente a un metro de distancia conforme aparece de las tomas fotográficas realizadas; las fotografías corren de fojas ochenta y tres a fojas ochenta y nueve; en la fotografía de folios ochenta y tres

se muestra el salón, en la fotografía de folios ochenta y cuatro las escaleras que dan al segundo piso; en la fotografía de folios ochenta y cinco la puerta de la cocina; en la fotografía de folios ochenta y seis el área de cajas; y en la fotografía de folios ochenta y nueve una impresión de la parte del video donde se aprecia que el delincuente retira a la cajera Clara Rivas de su área y al procesado Gustavo Fernando Fernández Urdiales observado de frente la escena parado frente a la ventana de acceso a la caja;

Sétimo.- Los videos fueron visualizados, y transcritos, así se tiene que: a) Del Acta de visualización de CD que corre a fojas cincuenta y tres, que con fecha domingo diez, fecha de ocurrido los hechos delictivos, "(...) al visualizar el ícono 3 CAJA DOM10 se visualiza, desde la parte interior del área de caja hacia el salón de la pollería 'Las Canas- tas' a horas 16:35 fecha diez de abril de dos mil once, se observa la presencia de las dos cajeras Yessenia Guerra y Clara Rivas así como de la persona de Willy Campos, quienes se encuentran dentro del área de la caja, ambas cajeras laborando y el sujeto en mención verificando la computadora; asimismo por detrás de la ventanilla que da a la parte exterior de la caja, se observa acercarse a la ventanilla donde está la cajera Clara Riva al señor Walter Zamora, quien labora como mozo, luego se retira y se apersona a la ventanilla de la caja de Clara Rivas, el mozo de nombre Lalo Dávila, ambos entregan al parecer boletas o facturas, en ese instante se acerca el empleado Francisco Remigio, quien trabaja como motorizado delivery a la ventanilla de la cajera de nombre Yessenia Guerra, asimismo, se acerca otro empleado a la misma ventanilla de nombre Aurelio La Cruz, en compañía del mozo de nombre Roberto Pérez, siendo las 16:37:24 la persona de Willy Campos se retira del área de la caja, sale por la puerta de ingreso al área de caja, se observa a través de la ventanilla el ingreso, de una familia (...) quienes se detienen frente a la ventanilla de caja a las 16:37, detrás de esto ingresa el empleado Gustavo Fernández Urdiales, quien los bordea y se apersona a la ventanilla donde está la cajera Yessenia Guerra, se acerca, la observa y se retira hacia la puerta de ingreso de clientes, luego esta persona retorna a las 16:38 observa hacia el salón de la pollería y se dirige a la ventanilla de caja pero se detiene y vuelve a dirigirse hacia la puerta principal de ingreso del local, nuevamente ingresa a las 16:39 la

persona de Gustavo Fernández hacia la caja y observa la ventanilla donde está la cajera Clara Rivas y se retira hacia la puerta de ingreso, observando que se le cae el auricular color blanco del oído derecho, luego de unos segundos nuevamente ingresa al local y frente a la ventanilla de la caja conversa con el mozo de nombre Roberto Pérez por unos segundos, luego el mozo se dirige a la caja de Yesenia Guerra y Gustavo Fernández observando la ventanilla de caja de la cajera Clara Rivas sale hacia la puerta de ingreso luego de unos segundos ingresa esta persona, se pone detrás del mozo Roberto Pérez, observa a todos lados, luego sale hacia la puerta de ingreso, luego de unos segundos ingresa esta persona se pone detrás del mozo Roberto Pérez observa a todos lados, luego sale hacia la puerta de ingreso a horas 16:40, nuevamente se observa ingresar a Gustavo Fernández, dirigiéndose a la ventana de la caja donde estaba la cajera Yessenia, observa al interior y sale nuevamente hacia la puerta de ingreso a horas 16:40:31, la cajera Yessenia sale del interior del área de caja; asimismo se aprecia nuevamente ingresar a Gustavo Fernández quien pasa por la ventilla de caja y observa hacia la persona de Clara Rivas se encontraba sola atendiendo a un cliente, a Gustavo Fernández retornando de la cocina, que se dirige hacia la puerta de ingreso y observa hacia el interior de la caja donde está solo la persona de Clara Rivas, a horas 16:41:32, se observa a la cajera Yesenia Guerra ingresar al interior del área de caja, se dirige a la caja y saca unas cosas y luego se retira, a horas 16:42:13 se observa a la cajera Clara Rivas voltear la mirada hacia la parte posterior donde se encuentra ubicada la puerta de ingreso al área de caja, al parecer conversa con alguna persona, siendo las 16:42:29 horas se observa ingresar al interior del área de caja a un sujeto de contextura gruesa, talla mediana de aproximadamente cuarenta y dos años de edad, vestido con una camisa clara y una gorra en la cabeza quien se dirige a la cajera Clara Rivas, asimismo, paralelamente se observa a través de la ventanilla de vidrio de caja ingresar a las 16:42:33 proveniente de la puerta de ingreso al salón de clientes a la persona de Gustavo Fernández quien se dirige a la ventanilla de la caja, quedándose parado observando a ambos lados y al interior del área de caja, donde la cajera Clara Rivas se encontraba en compañía del delincuente, tomándola del hombro y procedió a sacarla del interior del área de caja, hecho

que conforme demuestra el video es observado claramente por Gustavo Fernández, el mismo que lleva su mano izquierda hacia el primer botón de su camisa, al parecer está utilizando su teléfono mediante su *handsfree* color blanco que lleva puesto en el oído, se visualiza que observa nuevamente hacia el interior del área de caja donde no había ninguna persona, luego voltea hacia el salón camina hacia la cocina unos pasos y se encuentra con el mozo Roberto Pérez ambos conversan por unos segundos cerca de la ventanilla de caja, el mozo de nombre Roberto Pérez se acerca a la ventanilla y luego se retira, asimismo, retorna a la ventanilla Gustavo Fernández quien observa el interior del área de caja, luego se acerca a la ventanilla de caja Lalo Dávila y se acerca el mozo Roberto Pérez, luego de unos segundos se retira Roberto Pérez y se queda en la ventanilla de caja Gustavo Fernández y Lalo Dávila pero se observa que Gustavo Fernández observa hacia el interior del área de caja, asimismo, sus audífonos estaban caídos, luego retorna el mozo César Dávila y al parecer le dice a Gustavo Fernández que salga a la calle, observando que este se dirige hacia la puerta de ingreso de la pollería, siendo las 16:43:17 horas se observa que la puerta de ingreso al área de caja se abre e ingresa la cajera Clara Rivas, quien se dirige hacia el mostrador de caja de donde saca el portabilletes con dinero de su caja y luego trata de abrir la caja de Yesenia, al no poder abrir sale del área de caja, por el mismo lugar a horas 16:43:30 se observa acercarse a la ventanilla de caja al mozo Roberto Pérez instantes que la cajera Clara Rivas nuevamente ingresa al área de caja esta se dirige hacia su caja, asimismo, se observa paralelamente ingresar y dirigirse a la ventanilla de caja a Gustavo Fernández y detrás de este al mozo de nombre César Dávila de igual forma se observa que la cajera se queda parada por unos segundos mirando a estas tres personas, trata de hacer algún gesto, luego voltea haciendo con la mano un ademán y sale del área de caja quedándose parados estos tres sujetos, los mismos que la observan, luego de unos segundos se observa a Gustavo Fernández salir hacia la puerta de ingreso de la pollería, asimismo, se observa a otros mozos acercarse a la ventanilla de caja donde están esperando, luego de unos segundos nuevamente ingresa la persona de Gustavo Fernández a las 16:44.23 quien observa hacia el interior del área de caja por la ventanilla de la caja sale nuevamente, luego de

unos minutos se observa que varios de los mozos se encuentran parados en la ventanilla al parecer esperando a las cajeras ya que no se observa persona alguna dentro del área de caja, al rato se observa ingresar a la persona de Willy Campos al interior del área de caja, pero saltando ya que tenía atados sus pies, quien solicitaba auxilio, luego ingresa la cajera Clara y nuevamente sale, posteriormente se observa a los empleados comunicándose el hecho, concluye el video a las 16:48 (...)", de este CD cabe destacar que se ve claramente cómo el ladrón coge del hombro a la cajera Clara Rivas y la saca del área de cajas, mientras el procesado observa la escena, y mira aleatoriamente a dicha área y la puerta de salida; b) Del Acta de Visualización de CD que corre a fojas cincuenta y seis, en la cual se observa lo acontecido el sábado nueve, día anterior a los hechos materia de investigación, en el que se puede apreciar a un sujeto comprar en la pollería, sentándose al frontis de las cajas, siendo reconocido luego por la cajera Clara Rivas, como uno de los delincuentes que la amenazó con un arma de fuego el día de los hechos; c) Del Acta de Visualización de CD que corre a fojas cincuenta y ocho, el ícono 06CAJA DOM10 donde se visualiza el interior del área de la caja de la pollería "Las Canastas" y el desempeño del personal de caja y demás empleados, observando que Gustavo Fernández ingresa al local y se dirige hacia la ventanilla de la caja, se mantiene en el lugar y luego sale, y nuevamente retorna y pasa por la ventanilla de caja "(...) a horas 16:42:13 se observa a la cajera Clara Rivas voltear la mirada hacia la parte posterior donde se encuentra ubicada la puerta de ingreso al área de caja, al parecer conversa con alguna persona, siendo las 16:42:29 horas se observa ingresar al interior del área de caja a un sujeto de contextura gruesa, talla mediana, de aproximadamente cuarenta y dos años de edad, vestido con una camisa clara y una gorra en la cabeza quien se dirige a la cajera Clara Rivas, asimismo, paralelamente se observa a través de la ventanilla de vidrio de caja ingresar proveniente de la puerta de ingreso al salón de clientes a la persona de Gustavo Fernández quien se dirige a la ventanilla de la caja, quedándose parado observando a ambos lados y al interior del área de caja donde la cajera Clara Rivas se encontraba en compañía del sujeto en mención, sujeto que le muestra al parecer un arma de fuego tomándola del hombro y procedió a sacarla del

interior del área de caja, hecho que conforme demuestra el video es observado por Gustavo Fernández, el mismo que lleva su mano izquierda hacia el primer botón de su camisa, al parecer está utilizando su teléfono mediante su *handsfree* color blanco que lleva puesto en el oído, se visualiza que observa nuevamente hacia el interior del área de caja, donde no había ninguna persona, luego voltea hacia el salón camina hacia la cocina unos pasos y se encuentra con el mozo Roberto Pérez, ambos conversan por unos segundos cerca de la ventanilla de caja, el mozo de nombre Roberto Pérez se acerca a la ventanilla y luego se retira, asimismo retorna a la ventanilla Gustavo Fernández quien observa el interior del área de caja, luego se acerca a la ventanilla de caja Lalo Dávila y se acerca el mozo Roberto Pérez, luego de unos segundos se retira, Roberto Pérez y se queda en la ventanilla de caja Gustavo Fernández y Lalo Dávila pero se observa que Gustavo Fernández observa hacia el interior del área de caja; asimismo, sus audífonos estaban caídos, luego retorna el mozo César Dávila y al parecer le dice a Gustavo Fernández que salga a la calle observando que este se dirige hacia la puerta de ingreso de la pollería; siendo las 16:43:17 horas se observa que la puerta de ingreso al área de caja se abre e ingresa la cajera Clara Rivas quien se dirige hacia el mostrador de caja de donde saca el porta billetes con dinero de su caja y luego trata de abrir la caja de Yessenia, al no poder abrir sale del área de caja por el mismo lugar, a horas 16:43:30 se observa acercarse a la ventanilla de caja al mozo Roberto Pérez instantes que la cajera Clara Rivas nuevamente ingresa al área de caja, esta se dirige hacía su caja; asimismo, se observa paralelamente ingresar y dirigirse a la ventanilla de caja a Gustavo Fernández y detrás de este el mozo de nombre César Dávila de igual forma se observa que la cajera se queda parada por unos segundos mirando a estas tres personas trata de hacer algún gesto, luego voltea y sale del área de caja, quedándose parados estos tres sujetos, los mismos que la observan, luego de unos segundos se observa a Gustavo Fernández salir hacia la puerta de ingreso de la pollería, asimismo, se observa a otros mozos acercarse a la ventanilla de caja donde están esperando, luego de unos segundos nuevamente ingresa la persona de Gustavo Fernández quien observa hacia el interior del área de caja por la ventanilla de la caja y sale nuevamente, luego de unos minutos se observa que varios de los

mozos se encuentran parados en la ventanilla al parecer esperando a las cajeras ya que no se observa persona alguna dentro del área de caja, al rato se observa ingresar a la persona de Willy Campos al interior del área de caja, pero saltando ya que tenía atados sus pies, quien solicitaba auxilio, luego ingresa la cajera Clara y nuevamente sale, posteriormente se observa a los empleados comunicándose el hecho (...)” de este CD cabe destacar que se ve claramente cómo el delincuente coge del hombro a la cajera Clara Rivas y la saca del área de caja amenazándola con un arma de fuego, mientras el procesado claramente observa la escena, y mira aleatoriamente a dicha área y la puerta de salida; y en el área de la cocina, también se ve entrar al procesado, siendo que voltea la cabeza para observar los lados; d) Ante el juzgado fue visualizado el CD con participación de las partes procesales, así se aprecia del Acta de la Diligencia de Audio y Visualización del CD que corre a fojas trescientos, en el cual estuvo presente el acusado, su abogado defensor, representante del Ministerio Público, se observa del video que el procesado se encontraba en todo momento con su vestimenta de trabajador de la pollería agraviada, que en varias oportunidades se acercaba al área de las cajas registradoras y luego se retiraba hacia la puerta del local, siendo que una vez en dicha puerta miraba a ambos lados, que siendo las 16:38:51, mientras hablaba por el *handsfree*, se dirigió a la puerta de la pollería agraviada, a lo cual el procesado afirma que se encontraba haciendo el servicio de *valet parking*, a lo cual el representante legal de la empresa agraviada señala que dicho servicio solo se realizaba en las afueras del local y no en el interior, que a las 16:39:22 vuelve a acercarse al área de las cajeras mientras observaba aleatoriamente dicha área y a la puerta del local, siendo esto en varias oportunidades, para luego hacerle señas a una persona de sexo masculino para que salga, el procesado refiere que se trataba de un cliente, luego a las 16:40:00 vuelve a ingresar con dirección al frontis de las cajas, mira a las cajeras y se retira después de 6 segundos, entonces se observa a la cajera Yessenia Guerra, la cual se retira de la caja, en lo que vuelve a ingresar el procesado hacia el interior del local, luego a las 16:41:15 el procesado sale del interior del local, luego de quince segundos se aprecia que vuelve a ingresar con dirección a las cajas, y luego de aproximadamente un minuto ingresa un sujeto de contextura gruesa que

se acerca a la cajera Clara Rivas, y la coge del hombro, siendo esto observado por el procesado, el cual mira hacia su derecha y se retira del frontis de la caja, se coloca de espaldas a dicha área, conversa con un mozo, luego vuelve su cuerpo en dirección a la caja y observa la puerta de salida, se retira del frontis cuando otro mozo aparece, y después que este se va y aparece otro también conversa con este y se va, dejando constancia que en ese transcurso de la aparición del sujeto de contextura gruesa, ninguna cajera se encontraba en el área de cajas, luego a las 16:43:17 hace su ingreso la cajera Clara Rivas, quien abre el cajón donde llevaba el organizador de dinero y trata de abrir la caja de su compañera que no se encontraba en esos momentos, pero estaba cerrada, entonces sale con el organizador de dinero y se lo entrega a alguien detrás de ella, luego se retira del ambiente, dejándose constancia que el procesado se encontró presente mientras la cajera Rivas trató de abrir la caja de su compañera observando la escena para luego retirarse, entra un minuto después aproximadamente, ingresa al salón y se ubica frente a las cajas, donde mira al frente, luego voltea y se retira, en dos minutos más aproximadamente aparecen de nuevo los empleados en la escena, entre ellos el procesado;

Octavo.- La declaración del testigo Willy Lorenzo Campos Vásquez con presencia fiscal a nivel policial a fojas veintitrés, en el cual manifiesta laborar para la pollería agraviada como almacenero, que el día de los hechos estuvo trabajando, se dirigió al área de caja para ver los pedidos que faltaba atender, luego salió y se dirigió al área de delivery donde por ser domingo se había puesto una laptop, donde revisó los pedidos que faltaban llegar para la pollería y cerrar la cancelación en la puerta de ingreso a dicha área la puerta estaba abierta porque por el lugar ingresan los motorizados para sacar los pedidos de pollo, se levantó y se acercó a ellos pero observó que un sujeto pasó bajando la cabeza por la sombrilla dirigiéndose a las escaleras que da a la puerta donde se encontraba él parado en compañía de los empleados Carlos Melgar, encargado de salida de los pollos a los motociclistas, y Oscar De La Cruz, encargado del reparto de los pollos delivery; pero este sujeto estaba acompañado por dos sujetos más quienes empezaron a subir las escaleras, al ver esto bajó tres gradas, los esperó en el lugar y les dijo que la entrada a la pollería era por la

puerta principal que estaba al costado izquierdo, uno de ellos quiso pasar por el lado izquierdo, y otro por el lado derecho, pero como no le hicieron caso les preguntó a quién buscaban y contestaron que al administrador, y al dueño, en ese momento observó que en la puerta estaba parado Gustavo Fernández quien ingresó a la pollería, pero en la misma puerta de ingreso al delivery forcejeó con los delincuentes para ingresar e hizo que la puerta golpee dos veces a la pared, pero esta persona se pasó e ingresó a la pollería, pero está seguro que escuchó todo, los que no se percataron fueron Oscar De La Cruz y Carlos Melgar, en ese momento uno de los delincuentes le menta la madre y le pone un arma de fuego en el estómago, y da la orden que suban los otros dos sujetos quienes subieron, y fueron hacia sus compañeros les hicieron ingresar y cerraron la puerta, los tres sujetos estaban con armas de fuego, uno de ellos se puso en la puerta del callejón que da acceso a la cocina y la caja, los otros dos sujetos les hicieron arrojar al piso, pero como no quiso el declarante le golpearon, uno de los sujetos amarró con cinta a los dos empleados, y luego lo ataron a él, declarante, y como el lugar es pequeño escuchó que esos sujetos decían que iban a ir al área de caja, y llamaron a Yesenia a quien también ataron, y luego tocaron para que Clara abra la puerta del área de caja, y luego escuchó voces que exigen dinero a Clara y luego ella también fue arrojada al piso y la ataron, luego de unos minutos estas personas se fueron del lugar, en ese lapso que ellos salieron empezaron a gritar solicitando auxilio en ese momento llegaron los empleados a auxiliarles, estas personas estaban en la cocina descansando y comiendo, luego le desataron y fue a la caja a tocar la alarma, se comunicó con el administrador y el gerente, y luego la policía con serenazgo; el testigo Willy Lorenzo Campos Vásquez asegura que trató de llamar la atención del procesado durante el robo, para que lo ayudara, y a pesar de haber dado dos golpes a la puerta, y que asegura este escuchó muy bien su pedido de auxilio, que luego de ocurridos los hechos, le reclamó junto al resto del personal por su mal acto, brinda su declaración testimonial ante el juzgado a fojas doscientos uno, se ratifica en lo manifestado a nivel policial, reiterando que el procesado lo vio junto a los tres sujetos delincuentes en un plan de forcejeo para entrar al local además del robo, pero se hizo el desentendido;

Noveno.- La declaración de Clara Celia Rivas Acosta con presencia del representante del Ministerio Público a nivel policial como se ve a fojas veintiséis, manifiesta que aquel día se encontraba laborando atendiendo en el área de caja, en compañía de la otra cajera Yessenia, quien atendía al público, pero Yessenia salió porque le tocaba su hora- rio de almuerzo, y prosiguió trabajando, pero unos minutos después escuchó que la llamaban, y le decían “ven” insistentemente, le indicó a esa persona que debía ir por el otro lado, pero esa persona ingresó y se acercó a su lado, mostrándole un arma de fuego la coge del hombro y la saca del área de caja al pasadizo donde había otro sujeto parado que me preguntó por el dinero y le indicó que ya lo había llevado el dueño, pero le indicaron que regrese a la caja y saque el dinero que estaba en la caja, al ir se percató de la presencia del mozo Roberto Pérez y del motociclista Gustavo Fernández, y César Dávila, a quienes les hacía gestos, pero los sujetos le exigieron traer el dinero de la otra caja, fue pero regresó haciéndoles saber que no podía abrir la otra caja, y la llevaron al área de delivery donde observó a sus compañeros Yessenia, Carlos Melgar, Willy Campos y otros atados de pies y manos, y en el lugar había otro sujeto cuidándolos, el sujeto la obligó a tirarse al suelo y le ataron las manos, la pusieron al lado de Willy quien le dijo que se quede callada, en ese instante sintió y escuchó que esos sujetos salían del lugar hacia la calle, luego Willy pateó la puerta y ella pudo pararse rápido; luego Willy logró desatar sus manos y se fue a pedir auxilio en tanto ella apoyó a Yessenia a desatarla; luego llegaron otros empleados a apoyarles; la testigo afirma que el procesado Gustavo Fernández no debió estar en ningún momento en la puerta de la caja, pues esas no eran sus funciones, este se encargaba del estacionamiento exterior de la pollería, que el pro- cesado observó mientras era sacada de la caja por este delincuente con arma en mano, y que trató de pedirle ayuda con un ademán o seña, pero este no hizo nada, a pesar de tener conocimiento que estaba totalmente prohibido la entrada de extraños a esa área, y brinda su declaración testimonial ante el juzgado a fojas ciento noventa y tres, donde se ratifica y reitera sobre lo manifestado a nivel policial;

Décimo.- La declaración de Yessenia Micaela Guerra Manchego con presencia fis- cal a nivel policial según consta a fojas treinta, quien declara que

como ya era hora de su refrigerio salió al área de cocina, pero olvidó unas llaves, regresó y sacó las llaves, fue que al salir del área de caja que observó a dos sujetos que estaban parados, uno de ellos le dijo que se quede callada y le apuntó con un arma, le hizo subir las escaleras con dirección al área del delivery y el otro sujeto empezó a atarle las piernas y brazos, le pusieron una cinta en la boca, luego observó que en el lugar estaban sus compañeros Willy Campos, Carlos Melgar y un motorizado nuevo Oscar De La Cruz, quienes también estaban atados, la obligaron a tirarse al suelo y dos de los delincuentes se fueron hacia la puerta de la caja, ella escuchó que uno de los sujetos decía ya entra y el otro sujeto le decía que aún no porque había gente para llevar, como no podía mirar, pero escuchaba que le pedía a su compañera que saliera y le entregue la plata, ella le dijo que no tenía tanto dinero porque ya lo habían llevado, y el sujeto le preguntaba quién lo había llevado; que el procesado Gustavo Fernández por la función que desempeña no tenía que acercarse al área de caja; al brindar su declaración testimonial ante el juzgado a fojas ciento ochenta y seis, se ratifica en lo manifestado a nivel policial, y que el procesado no tenía por qué acercarse ya que ese día se encontraba laborando en el parqueo de carros;

Undécimo.- Declaración de Carlos Enrique Melgar Chávez con presencia fiscal a nivel policial como se ve a fojas treinta y tres, manifestó que aquel día siendo las 15:40 horas se encontraba en la puerta de ingreso al área del delivery en compañía del gerente, y observó que en la vereda donde estacionan los vehículos se encontraba Gustavo Fernández quien tenía puestos los audífonos en sus oídos y conversaba por teléfono mediante su teléfono y sus audífonos, pero lo que le sorprendió fue que al verlos parados en la puerta de ingreso del área del delivery caminó por la vereda hacia la tienda contigua, de ahí el declarante afirma que fue al área delivery, donde llegó Willy Campos que salió del área de caja, y el motociclista de nombre Óscar, y estuvieron ahí, luego observó que Willy estaba parado en las escaleras que dan acceso al área delivery y al levantar la cabeza a ver a Willy escuchó que este decía a unas personas que el ingreso era por la otra puerta, y observó a tres sujetos que ingresaron empujando a Willy, mentándole la madre, y forcejearon con él, esos sujetos portaban armas de fuego, y los hicieron tirar al suelo y les amarraron los pies y

manos y le taparon la boca, al rato apareció la cajera Yessenia a quien también ataron de pies y manos y taparon su boca, luego trajeron a la otra cajera de nombra Clara a quien también ataron; cuando los sujetos se fueron Willy se liberó y salió a pedir auxilio, el declarante afirma que salió saltando luego de incorporarse, y logró ver que los sujetos huyeron en un vehículo color plomo oscuro, que en la puerta en la vereda estaba parado Gustavo Fernández a quien le dijo que habían robado, y este le preguntaba dónde y qué carro amarillo, pero nunca le dijo ese color, entonces una cliente con su carro los siguió y dijo que era un vehículo Nissan color plomo que tenía la placa AOY que estaba colgada, y se le perdió de vista por el Puente Primavera; que pudo observar momentos antes de los hechos, que Gustavo Fernández se dirigía a lugares no habituales y permitidos de su trabajo, al brindar su declaración testimonial ante el juzgado a fojas doscientos dieciséis, se ratifica en lo manifestado a nivel policial, reiterando que el procesado no tenía ningún motivo para entrar al área de cajas, puesto que su labor del día en el parqueo de carros está en el estacionamiento, y que efectivamente lo vio caminando a lugares no habituales de su trabajo, como es el que caminara por la vereda de la pollería hasta un poste y luego regresara conversando;

Duodécimo.- También han declarado empleados de la pollería que estuvieron laborando aquel día pero que por encontrarse en el área del sótano no vieron nada, así de clara: el testigo Humberto Antonio Jiménez Sotelo a nivel policial declara a fojas treinta y seis, manifestando que al momento de los hechos se encontraba en el sótano del local tomando gaseosa en compañía de sus compañeros de trabajo Roberto Pérez y Carlos Carbone, por lo que no pudieran apreciar nada; el testigo, Roberto Antonio Pérez Villegas a nivel policial declara a fojas treinta y ocho, manifestando que al momento de los hechos se encontraba en el sótano del local tomando gaseosa en compañía de sus compañeros de trabajo Humberto Jiménez y Carlos Carbone, por lo que no pudiera apreciar nada, pero precisando que la luna del área de caja al exterior es totalmente transparente, por lo que se puede observar con claridad el otro lado; el testigo Carlos Eduardo Carbone Chuquitaípe a nivel policial declara fojas cuarenta, manifestando que al momento de los hechos se encontraba en el sótano del local

tomando gaseosa en compañía de sus compañeros de trabajo Humberto Jiménez y Roberto Pérez, por lo que no pudiera apreciar nada, brinda su declaración testimonial ante el juzgado a fojas doscientos sesenta y cinco, se ratifica y reitera en lo manifestado a nivel policial;

Décimo tercero.- El efectivo policial Sub Oficial Brigadier PNP Mario Dante Alvarado Legua, brinda su declaración testimonial ante el juzgado a fojas doscientos sesenta y dos, indicando que el procesado se dejó arrestar de forma pacífica;

Décimo cuarto.- El acusado Gustavo Fernando Fernández Urdiales declara a nivel policial a fojas diecinueve, continuada a fojas cuarenta y tres, en la que manifestó que cuando estaba en la vereda escuchó los gritos de Carlos Melgar y Willy Campos, y que anteriormente entró al local para solicitarle las llaves a un cliente, y que en el transcurso habló con varios mozos y su compañera de trabajo Yessenia le pidió que le comprara algo, que en ningún momento le dijo a Willy Campos que pensaba que las personas que entraron a el área de caja eran proveedores, además indica que la cajera Clara Rivas y Willy Campos no se llevan bien con él, y que con anterioridad lo han dejado mal frente al administrador, rinde su declaración instructiva a fojas ciento cincuenta y cinco continuada a fojas ciento setenta y uno, indicando que no vio nada sospechoso en la actitud de la cajera cuando se retiraba junto al delincuente, y que de hecho esta se reía, además que otros dos mozos estuvieron junto a él observando este hecho; y en juicio oral reitera su negativa de haber participado en los hechos instruidos negando toda participación, y en su descargo alega que desconocía lo que pasaba; que no vio ni oyó nada extraño; que es inocente;

Décimo quinto.- El Acta de Registro Personal al acusado al momento de su intervención, corre a fojas cincuenta y uno, se le encuentra en posesión de un celular Nokia color plateado blanco y negro, táctil Claro, un celular motorola Nextel color negro entre sus pertenencias; asimismo, fue encontrado entre las pertenencias del procesado un gráfico a lapicero, el cual corre a fojas ochenta y uno, denota unas rayas a lapicero, que muestran garabatos de lo que presumiblemente serían las áreas dentro de la pollería, sin embargo, de todo lo actuado, dicho croquis no brinda mayor información que le vincule con el ilícito

instruido, más aún el padre del procesado Fernando Fernández Cabanillas acudió a declarar en juicio oral, manifestando que él lo había elaborado, según consta de la sesión de fecha doce de noviembre de dos mil doce;

Décimo sexto.- Asimismo, corren en autos el Dictamen Pericial Análisis de Restos de Disparo RD N° 3078/11 que corre a fojas trescientos cincuenta y uno, que concluye que las muestras tomadas a las manos del acusado arrojan como resultado negativo para plomo, antimonio y bario; y el Dictamen Pericial de Química Forense N° 5852/11 que corre a fojas trescientos cincuenta y dos, concluye que los análisis arrojan negativo para drogas, negativo para sarro ungueal, y estado normal al dosaje etílico;

Décimo sétimo.- Del análisis y valoración de los actuados antes glosados y en mérito del testimonio ya glosado de los empleados de la empresa agraviada, quienes refieren haber visto al procesado Gustavo Fernando Fernández Urdiales en áreas que no correspondían al ámbito de su función, que en su calidad de delivery y acomodador de carros, su lugar estaba en la calle, no al interior del local; y además de los videos visualizados y consignado lo que se ve en las actas ya glosadas, se aprecia al procesado Gustavo Fernando Fernández Urdiales mirando al interior del área de caja estando presente la cajera Clara Rivera y un sujeto extraño a la pollería agraviada, e incluso se le ve con los audífonos del celular caídos y no en la oreja, por lo que pudo escuchar; asimismo, los empleados que se encontraban en el área de delivery y las cajeras han manifestado que fueron atados de pies y manos y amenazados por tres sujetos con armas de fuego, incluso el testigo Willy Lorenzo Campos Vásquez dio golpes a la puerta cuando forcejeó con los sujetos asaltantes, y afirma categóricamente que el procesado Fernández Urdiales que estaba cerca debió oír esos golpes y no hizo nada, asimismo el testigo Carlos Enrique Melgar Chávez ha manifestado que momentos antes de los hechos el procesado Fernández Urdiales se dirigía dentro del local de la pollería a lugares no habituales y permitidos de su trabajo; igualmente la cajera Clara Celia Rivas Acosta ha manifestado que el procesado Fernández Urdiales no debió estar en ningún momento en la puerta del área de caja, pues esas no eran sus funciones, y afirma además que mientras el sujeto asaltante la amenazaba le hizo señas al citado procesado para que le brinde

apoyo, sin embargo, se hizo el desentendido y fue llevada por dichos sujetos al ambiente donde estaban sus otros compañeros atados, y a ella también la ataron y con amenazas para que no pida auxilio; siendo asimismo de destacar que la hora en que se produjo el ilícito sub materia, era la hora en que cerraban caja y al momento de los hechos, el dinero del día ya había sido retirado de la caja por el encargado, y por tal motivo los sujetos solo pudieron llevar mil nuevos soles de la caja; y si bien la defensa del procesado Fernández Urdiales alega que existen contradicciones en los dichos de los empleados de la pollería agraviada, que no acreditarían la responsabilidad penal del procesado, cabe des- tacar que tal afirmación se desvanece por la coherencia de las afirmaciones de los testigos quienes han mantenido la persistencia en la incriminación, y sobre todo lo que se aprecia en la visualización de los videos ya glosados, que denotan que el acusado no fue ajeno a lo que sucedía, e invadió espacios para él no permitidos en razón de la función que desempeñaba;

Décimo octavo.- El Acuerdo Plenario número cero dos guión dos mil cinco diagonal CJ guión ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, estable- ce que “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; considera como garantías de certeza ausencia de incredulidad subjetiva, es decir que: a) no existan relaciones entre agraviado o imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la declaración, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza;

b) verosimilitud que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria, y c) persistencia en la incriminación, debiendo 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 las afirmaciones en curso del proceso; siendo ello así las

versiones primigenias y ante el juzgado expresadas por la agraviada y su señora madre detentan en elemento probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, más aún estando a las contradicciones y argumentos de mala justificación en que ambas han incurrido en juicio oral enerva suficientemente la presunción de inocencia del acusado, resultando por ende su conducta merecedora del reproche penal correspondiente; que ante la persistencia de la incriminación, y al darse en el caso concreto las condiciones de declaración de certeza, se encuentra debidamente establecido el delito contra el patrimonio –robo agravado–, previsto y penado en el artículo ciento ochenta y ocho en su tipo base, con las agravantes de los incisos tres, cuatro y cinco del Código Penal, y de tal modo se encuentra suficientemente acreditada la participación del acusado Gustavo Fernando Fernández Urdiales en calidad de cómplice primario, debido a que ha sido trascendental para la realización del ilícito penal; en mérito a los testimonios y los videos visualizados demuestran que el citado procesado vio cómo los sujetos ingresaron y redujeron por la fuerza a los empleados y cajeras de la pollería agraviada, justo en horario de cierre de caja, quedando así acreditado que fue el citado Procesado quien brindó la información necesaria y que además conocía de la incursión de los sujetos que ingresaron con armas de fuego a robar a la pollería agraviada; y el vínculo del procesado con los asaltantes queda evidenciado desde que estando presente y siendo espectador de cómo maniataban a la cajera, y como redujeron y maniataron y ataron de pies y manos a todos los empleados que cruzaron su camino, al procesado Fernández Urdiales no le hicieron absolutamente nada, siendo evidente su presencia y que observaba el comportamiento de los sujetos asaltantes; argumentos que en su conjunto nos llevan a determinar la culpabilidad del procesado en el injusto incriminado como cómplice primario, siendo por tanto pasible de reproche penal;

Décimo noveno.- Que, para efectos de determinar la graduación de la pena se debe tener en cuenta los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que el acusado carece de antecedentes penales y judiciales según se ve del boletín de condenas de fojas doscientos cincuenta y cuatro el acusado carece de anotaciones, por lo que tiene la calidad jurídica de primario; y por ello en el

momento de imponer la pena al autor, el juzgador debe atender a la gravedad del injusto así como la culpabilidad concreta, pero también las carencias sociales de las que adolece, y a los fines de resocialización de la pena;

Vigésimo.- Que para efectos de fijar la Reparación Civil se tiene en consideración el artículo noventa y tres del Código Penal por el que se establece que dicha institución comprende la restitución del bien o en todo caso el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como el daño psicológico sufrido por la víctima como consecuencia del ilícito penal perpetrado en su agravio.

POR TALES FUNDAMENTOS y en aplicación de los artículos once, doce, veintitrés, veinticinco, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, noventa y dos, noventa y tres, ciento ochenta y ocho, en su tipo base, con las agravantes de los incisos tres, cuatro y cinco del Código Penal, concordante con los artículos doscientos ochentitrés y doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de La Corte Superior de Justicia de Lima administrando Justicia a Nombre de la Nación, **FALLA: CONDENANDO** a Gustavo Fernando Fernández Urdiales por la comisión de delito contra el patrimonio –robo agravado en grado consumado– en agravio de la Pollería “Las Canastas”; y como tal le impusieron diez años de pena privativa de la libertad, la misma que con el tiempo de carcelería que viene sufriendo desde el veintiocho de abril de dos mil once, vencerá el veintisiete de abril de dos mil veintiuno; **FIJARON:** en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de Reparación Civil, deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada; **MANDARON:** Que consentida y/o ejecutoriada que quede sea la presente, se tome razón donde corresponda, se remita el testimonio y boletín de condena para su inscripción en el Registro Judicial respectivo, archivándose lo actuado definitivamente, previos los trámites a que se contrae el artículo trescientos treinta y siete del Código de Procedimientos Penales, con conocimiento del juez de origen.

SS. RAMIRO SALINAS SICCHA - PRESIDENTE; RITA MEZA WALDE
- JUEZ SUPERIOR-D.D.; JOSEFA ÍZAGA PELLEGRÍ