



**Concurso real en tenencia ilegal de armas y tentativa de homicidio.**

**Sumilla.** El encausado realizó dos acciones en momentos distintos, la primera consistente en portar el arma y la segunda en de efectuar los disparos con la finalidad de ultimar a los agraviados; es decir existió pluralidad de acciones que corresponden cada a un tipo penal distinto, como es el de tenencia ilegal de armas –delito de peligro abstracto- y el de tentativa de homicidio simple –delito de lesión-. Encontrándonos por tanto ante un concurso real de delitos y no un concurso aparente de leyes.

**-SENTENCIA DE CASACIÓN-**

Lima, veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho

**VISTO:** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia de vista del veintiuno de junio de dos mil diecisiete; emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que por mayoría revocó la sentencia del siete de octubre de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a José Antonio Palomino Motta como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del Estado; y, reformándola lo absolvieron del mencionado delito.

**I. FUNDAMENTOS DE HECHO**

**PRIMERO. ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA**

**1.1.** Concluida la etapa preparatoria, y formulado el requerimiento por parte del representante del Ministerio Público, con fecha doce de diciembre de dos mil trece, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Arequipa, resolvió declarar saneada la acusación, en consecuencia dictar auto de enjuiciamiento sobre la persona de José Antonio Palomino Motta, como autor de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio en grado de tentativa-, en agravio de César Reynaldo Quispe Medina y Maritza Yucra Ventura; y por el delito de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado; luego, mediante resolución del dieciocho de diciembre de dos mil trece, resolvió citar a juicio, el cual fue reprogramado para el veinte de febrero de dos mil catorce.



**1.2.** Seguido el juicio de primera instancia, el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia del veintiocho de marzo de dos mil catorce –a fojas noventa y uno del cuaderno de debates-, falló declarando que los hechos propuestos como delito de tenencia ilegal de arma de fuego se subsumen en el delito de homicidio simple en grado de tentativa, y declaró a José Antonio Palomino Motta, autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de César Reynaldo Quispe Medina y Maritza Yucra Ventura, condenándolo a quince años de pena privativa de libertad efectiva; y fijó en cinco mil soles el monto que por concepto de reparación civil debía pagar el sentenciado a favor de los agraviados a razón de mil soles a favor de César Reynaldo Quispe Medina y cuatro mil soles a favor de Maritza Yucra Ventura.

Dicha sentencia fue declarada nula por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de vista del dieciocho de agosto de dos mil catorce –a fojas ciento setenta y nueve del cuaderno de debates-. Se dispuso que un nuevo Juez, previo juicio oral, emitiera pronunciamiento.

**1.3.** Seguido el nuevo juicio de primera instancia en distintas sesiones, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia del siete de octubre de dos mil dieciséis –a fojas doscientos ochenta y seis del cuaderno de debates-, declaró a José Antonio Palomino Motta, autor del delito de homicidio en grado de tentativa, en agravio de César Reynaldo Quispe Medina y Maritza Yucra Ventura, en concurso real con el delito de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado representado por el Procurador del Ministerio del Interior, y le impuso quince años de pena privativa de libertad por el delito de tentativa de homicidio y diecisiete años y seis meses de pena privativa de libertad por el delito de tenencia ilegal de armas; en cuya virtud la pena concreta total impuesta fue de treinta y dos años y seis meses de pena privativa de libertad; y fijó la reparación civil en la suma de nueve mil soles a favor de la parte agraviada, correspondiendo tres mil soles a favor de César Reynaldo Quispe Medina, cinco mil soles a favor de Maritza Yucra Ventura y mil soles para el Estado.

Contra esta decisión, el encausado José Antonio Palomino Motta interpone su respectivo recurso de apelación –a fojas trescientos veinte del cuaderno de debates-, el mismo que fue concedido mediante resolución del cinco de octubre de dos mil dieciséis –a fojas trescientos cuarenta del cuaderno de debates-.

## **SEGUNDO. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA**



**2.1.** La Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución del doce de enero de dos mil diecisiete –a fojas trescientos cuarenta y seis del cuaderno de debates-, admitió a trámite el recurso impugnatorio y corrió traslado a las partes, a efectos de que puedan ofrecer los medios probatorios que crean necesarios; sin embargo, ante la ausencia de nuevas pruebas se convocó a las partes a la respectiva audiencia de apelación de sentencia. Realizada la audiencia de apelación, el Tribunal de Apelaciones cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fecha veintiuno de junio de dos mil diecisiete -obrante a fojas quinientos tres-

**2.2.** La sentencia de vista recurrida en casación, resolvió por unanimidad confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto al delito de homicidio en grado de tentativa, en agravio de César Reynaldo Quispe Medina y Maritza Yucra Ventura, y lo demás que contiene que fue materia de grado; por mayoría revocó la misma sentencia en el extremo que declaró a José Antonio Palomino Motta, como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del Estado; en consecuencia lo absolvió de dicho delito en agravio del Estado; y revocó la imposición de la pena impuesta de treinta y dos años y seis meses de pena privativa de libertad en contra de José Antonio Palomino Motta, en consecuencia le impusieron la pena de quince años de pena privativa de libertad.

### **TERCERO. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**3.1.** Expedida la sentencia de vista, la Fiscal Superior interpone recurso de casación –a fojas quinientos sesenta del cuaderno de debates- en el extremo que por mayoría revocó la sentencia de primera instancia, del siete de octubre de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a José Antonio Palomino Motta, como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del Estado; y, reformándola lo absolvieron del mencionado delito. Invocó la casación excepcional sobre el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, prevista en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro, del Código Procesal Penal, y como causal alegó los incisos tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve, del mencionado código, sobre la indebida aplicación y errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación y sobre ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. Es así que planteado el recurso, la Sala Penal de Apelaciones, mediante resolución del diecisiete de julio de dos mil diecisiete, concedió el recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público, y ordenó que los autos sean elevados a esta suprema instancia.



**3.2.** Los autos fueron recibidos por esta instancia con fecha diez de agosto de dos mil diecisiete, y cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, la Segunda Sala Penal Transitoria de esta Suprema Corte, mediante auto de calificación de recurso de casación, Ejecutoria Suprema del diecinueve de enero de dos mil dieciocho –véase el cuadernillo de casación a folios cuarenta y cinco-, declaró bien concedido el recurso de casación excepcional vinculada a las causales de los numerales tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, a efectos de que se establezca que los delitos de tentativa de homicidio y tenencia ilegal de arma de fuego son independientes y como tal, configuran un concurso real de delitos y no un concurso aparente de leyes por consunción.

**3.3.** Mediante resolución del dieciséis de agosto de dos mil dieciocho, se avoca esta Suprema Sala al conocimiento de la presente causa; instruido el expediente en Secretaría, mediante resolución del tres de octubre de dos mil dieciocho, se cumplió con señalar fecha para la audiencia de casación para el día treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho; instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden con el acta que antecede, es estado de la causa es la de expedir sentencia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### CUARTO. AGRAVIOS INVOCADOS

La Fiscal Superior alega, en su recurso de casación, que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una errónea interpretación y una indebida inaplicación de los artículos cincuenta del Código Penal y numeral uno, del artículo cuatrocientos nueve, del Código Procesal Penal. Cuestiona el razonamiento de la Sala por no considerarlo lógico, pues no se está ante un concurso aparente de leyes, ya que la tenencia ilegal de armas afecta a un bien jurídico distinto al bien jurídico protegido en el delito de homicidio –seguridad pública y vida respectivamente-, además no existe una relación de consunción por gravedad progresiva o por mayor perfección lesiva y tampoco el homicidio posee una configuración tal que su estructura normativa contemple –como un acto co-penado- también la descripción típica del delito de tenencia ilegal de armas; que el pronunciamiento es contrario al de la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad número dos mil doscientos quince-dos mil nueve-Cusco, donde se considera que existe concurso real entre el delito de homicidio y el de tenencia ilegal de armas; además que se transgredió el principio de



congruencia recursal, pues de oficio se revocó el extremo de sentencia ya señalado.

### **QUINTO. MARCO INCRIMINATORIO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA**

Del requerimiento fiscal se desprende que el diecisiete de febrero de dos mil trece, cuando el agraviado César Reynaldo Quispe Medina se encontraba al interior de la discoteca "Máquina I", ubicada en el segundo piso de la calle Santo Domingo número trescientos seis, del Cercado de Arequipa, en compañía de la agraviada Maritza Yucra Ventura. Aproximadamente a las tres de la mañana del dieciocho de febrero, el encausado José Antonio Palomino Motta, quien portaba un arma de fuego, se acercó a los agraviados y les disparó. Al agraviado Quispe Medina le causó una herida de curso penetrante en el hemitórax derecho y dos heridas en el muslo derecho y glúteo izquierdo, mientras que a la agraviada Yucra Ventura le ocasionó una herida en el glúteo izquierdo y otra en el muslo derecho.

La conducta del encausado José Antonio Palomino Motta se subsumió en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio en grado de tentativa, previsto en el artículo ciento seis concordante con el artículo dieciséis del Código Penal; y el delito de tenencia ilegal de armas, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal.

**Artículo 106.-** El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

**Artículo 16.-** En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

**Artículo 279.-** El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

### **SEXTO. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE VISTA CUESTIONADA**

La Sala Penal de Apelaciones, en la sentencia de vista, a partir del fundamento quinto, expone los motivos por los cuales los hechos narrados por la fiscalía no constituyen un concurso real ni ideal, considerando más bien que estos califican solo como el delito de homicidio en grado de tentativa. Sostiene que el concurso entre un delito de peligro abstracto y un delito de peligro concreto, es un concurso aparente dado que el peligro abstracto se realizó en un resultado concreto.



Explica que la posesión de armas esta criminalizada porque genera un peligro abstracto para la vida o integridad de un conjunto de personas; empero, el acto de disparar contra los dos agraviados, puso en riesgo de muerte (peligro concreto) la vida de los agraviados, calificado jurídicamente como homicidio en grado de tentativa; en consecuencia el peligro abstracto de la mera tenencia de arma tiene ahora una expresión concreta en el riesgo de los dos agraviados. El acto de tentativa en concreto es el disparo con arma de fuego, por tanto, el peligro abstracto de mera posesión es *absorbido* por el peligro concreto de tentativa expresada en el disparo con arma de fuego. Finalmente, señala que no se ha configurado un concurso real de delitos, pues de lo contrario se estaría juzgado dos veces el mismo hecho, ya que el acto de arma de fuego, presupone la posesión del arma.

### **SÉPTIMO. SOBRE EL CONCURSO REAL Y EL CONCURSO APARENTE DE LEYES**

**7.1.** El concurso real de delitos, está regulado en el artículo cincuenta del Código Penal. El mismo que se define como varios hechos punibles que son considerados como otros tantos delitos independientes.

**7.2.** Este concurso supone pluralidad de acciones u omisiones y pluralidad de delitos. Es decir el sujeto realiza varias acciones u omisiones y cada una de ellas es constitutiva de un delito<sup>1</sup>. Así el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, en su fundamento seis, señala que los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes: **A.** Pluralidad de acciones. **B.** Pluralidad de delitos independientes. **C.** Unidad de autor.

**7.3.** Es decir, existe concurso real cuando el autor ha cometido varios delitos autónomos que son enjuiciados en el mismo proceso penal. Presupuesto de esta concurrencia es, por un lado, la existencia de varias acciones y, por otro lado, la posibilidad de su enjuiciamiento conjunto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Adenda a la primera edición, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2005, p. 309. BACIGALUPO, Enrique. *Principios del Derecho Penal. Parte General*. 4ta edición, Akal/lure, Madrid, 1997, p. 436. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2009, p. 711.

<sup>2</sup> JESCHECK, Hans/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 5ta Edición por M. Olmedo y Cardenete, Comares, Granada, 2002, pp. 782-783.





**7.4.** El concurso real tiene efectos sobre la determinación de la pena, así el artículo cincuenta del Código Penal, como el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, en su fundamento jurídico siete, refiere que se determina las penas concretas de cada delito integrante del concurso real, y que solo después de su acumulación y validación, darán lugar a la pena concreta definitiva.

**7.5.** Por su parte, el concurso aparente de leyes o también denominado "unidad de leyes", en principio no es un tipo de concurso en sí, sino más bien es un tema de aplicación del tipo penal. En este varias normas penales concurren solo en apariencia, siendo así que en realidad una excluya a la otra. La idea básica común a este grupo de supuestos consiste en que el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción punible puede estar completamente abarcado por *una* de las normas penales que entran en consideración<sup>3</sup>.

**7.6.** Los principios para dar solución al denominado concurso de leyes, según la doctrina son el de especialidad, subsidiariedad y consunción. Se habla de **especialidad** cuando una disposición penal presenta todos los elementos de otra diferenciándose únicamente de ella en que contiene un componente adicional que hace que el supuesto de hecho deba ser considerado desde un particular punto de vista. La **subsidiariedad** significa que un precepto penal reclama vigencia para el caso en el que no intervenga ya otro precepto. La **consunción** se da cuando el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho o, en su caso, otro tipo; de este modo, la condena desde uno de los puntos de vista jurídicos que se plantea agota y expresa el desvalor del suceso en su conjunto.<sup>4</sup> Respecto a este último criterio, es de resaltar que para su aplicación los diversos hechos han de estar en una misma línea de

---

<sup>3</sup> Cfr. JESCHECK, Hans/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 5ta Edición por M. Olmedo y Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 788. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de la 2da edición por J. Cuello y J. Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 1044. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Adenda a la primera edición, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2005, p. 316.

<sup>4</sup> Cfr. WESSELS/ BEULKE/ SATZGER. *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, Traducción de Raúl Pariona Arana de la 46va edición, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 551-553. JESCHECK, Hans/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 5ta Edición por M. Olmedo y Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 790-792.



progresión en el ataque a un mismo bien jurídico protegido, pues de lo contrario ya no habría concurso de leyes, sino de delitos<sup>5</sup>.

**7.7.** Es de agregar que la doctrina señala que los delitos de peligro abstracto dolosos nunca quedan desplazados por los delitos de lesión<sup>6</sup>. Esta línea doctrinaria se reconoce en el Recurso de Nulidad número dos mil doscientos quince-dos mil nueve-Cusco, del veinte de abril de dos mil diez, pues ante la concurrencia del delito de homicidio simple –delito de resultado que vulnera el bien jurídico vida humana- y el delito de tenencia ilegal de arma de fuego –delito de peligro abstracto que se sanciona con la simple posesión-, consideró que se produjo un concurso real de delitos. En esta misma línea, se encuentra el Recurso de Nulidad número dos mil cincuenta y ocho-dos mil quince-Lima, del veintisiete de abril de dos mil diecisiete, que incidió en los delitos de feminicidio, parricidio y tenencia ilegal de armas, indicando que conforme con el artículo cincuenta del Código Penal, cuando nos encontramos ante la concurrencia de varios hechos punibles corresponderá sumar las penas fijadas en cada uno de dichos delitos. Así también el Recurso de Nulidad número dos mil quinientos treinta y uno-dos mil catorce-Apurimac, del dieciséis de mayo de dos mil dieciséis, que indicó que en el caso del delito de homicidio calificado y el delito de peligro, tenencia ilegal de arma de fuego, se evidencian varios hechos y varias infracciones a la ley penal; es decir un concurso real de delitos.

## **OCTAVO. SOBRE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL**

**8.1.** En el marco del proceso penal rige la máxima “El juez conoce el derecho” por lo que el objeto viene determinado por el hecho histórico, de modo que el juzgador tiene el imperio sobre el juicio jurídico de los hechos; lo que no significa que pueda mutar el hecho o lesionar la homogeneidad del bien jurídico, antes bien su preservación deviene obligatoria.

**8.2.** En cualquier resolución judicial y sin contravenir el principio de legalidad, el juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto<sup>7</sup>. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico precisa en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, sobre el principio *iura novit curia*, señala que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada.

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 473.

<sup>6</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de la 2da edición por J. Cuello y J. Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 1053.

<sup>7</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. Derecho Procesal I. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 45.





Este principio ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece que el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

**8.3.** De ahí que el Ministerio Público postula y fija los hechos que considera delictivos, delimitando así el ámbito en que decantará el proceso (principio acusatorio), sin que ello merme la facultad jurisdiccional (*iudicium*) que detenta el juez para aplicar la norma jurídica que corresponde al caso en concreto, preservando al realizar tal ejercicio, la intangibilidad de *factum* y advirtiendo que se haya garantizado el derecho de defensa, ello como regla de juicio.

**8.4.** En esta línea normativa, y respecto a la impugnación, el artículo cuatrocientos nueve, del Código Procesal Penal, establece la competencia del Tribunal Revisor, el cual señala: "(...) 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante".

**8.5.** Así, la subsunción típica del hecho, como expresión natural del poder de la jurisdicción corresponde igualmente al Tribunal Revisor, pues no puede abdicar de los poderes que le otorga la *iudicium*, sino actuar dentro de las previsiones legales establecidas en tanto no cause indefensión a las partes, de modo tal que el órgano de instancia, con o sin actuación probatoria, en esta determina una indebida calificación, es posible que oriente su reconducción, en estricta aplicación del principio de legalidad.

## **NOVENO. SOBRE EL CASO EN CONCRETO**

**9.1.** Se acreditó que el encausado José Antonio Palomino Motta, el día de los hechos, a pesar de que no tenía licencia para portar armas, portaba un arma de fuego, con la cual disparó a César Reynaldo Quispe Medina y Maritza Yucra Ventura, causándole al primero de ellos una herida de curso penetrante en el hemitórax derecho y dos heridas en el muslo derecho y glúteo izquierda, mientras que a la segunda le ocasionó una herida en el glúteo izquierdo y otra en el muslo derecho.

**9.2.** Así, el encausado realizó dos acciones en momentos distintos, la primera consistente en portar el arma y la segunda de efectuar los disparos con la finalidad de ultimar a los agraviados; es decir existió pluralidad de acciones que corresponden cada a un tipo penal distinto, como es el de tenencia ilegal de armas –delito de peligro abstracto- y el de homicidio en grado de tentativa –delito de lesión-. Encontrándonos por tanto ante un concurso real de delitos y no un



concurso aparente de leyes, en virtud que dichas conductas del encausado implicaron una pluralidad de acciones en sentido jurídico-penal y no unidad de acciones. Además el homicidio abarca la puesta en peligro concreto de la vida, pero no al peligro abstracto de la tenencia ilegal de armas, ya que estos son independientes el uno del otro.

**9.3.** No podemos considerar que existe un concurso de leyes que se resuelve, en este caso, con el criterio de consunción, pues la idea de consunción del hecho, no puede ser aplicada cuando el delito acompañante queda fuera del decurso regular del acontecimiento y presenta un contenido de injusto propio.

**9.4.** Establecido que estamos ante la configuración de un concurso real de delitos y su comisión por parte del encausado; a efectos de determinar judicialmente la pena, es menester considerar que la sentencia de primera instancia, expedida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, impuso la pena de quince años de pena privativa de libertad, para el delito de homicidio en grado de tentativa y diecisiete años con seis meses de pena privativa de libertad, para el delito de tenencia ilegal de armas; las cuales al ser sumadas dieron la pena final de treinta y dos años con seis meses de pena privativa de libertad.

**9.5.** En el caso del delito de homicidio en grado de tentativa, de manera acertada el *a quo* tuvo en cuenta que el encausado José Antonio Palomino Motta, tenía la calidad de reincidente<sup>8</sup> y además que el delito quedó en grado de tentativa, por lo que al concurrir una circunstancia agravante cualificada y una causal de disminución de punibilidad, la pena se fija dentro del marco establecido por el delito en cuestión –en este caso entre seis a veinte años–.

**9.6.** En el presente es de tener en consideración que fueron dos homicidios en grado de tentativa –uno contra César Reynaldo Quispe Medina y otro contra Maritza Yucra Ventura– por tanto la pena impuesta es la que corresponde<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Presenta una condena de tres años con nueve meses de pena privativa de la libertad, por hurto agravado, con fecha veinticinco de junio de dos mil diez, emitida por el Juzgado Investigación Preparatoria de Paucarpata.

<sup>9</sup> El *a quo* consideró de manera errónea, que al haberse utilizado un arma de fuego, concurre la circunstancia agravante genérica establecida en el literal e, inciso dos, del artículo cuarenta y seis del Código Penal –emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común–, no siendo esto así, pues para que concorra dicha circunstancia el medio empleado debe tener capacidad o potencialidad destructiva, calamitosa o catastrófica.



**9.7.** En cuanto al delito de tenencia ilegal de armas –pena no menor de seis ni mayor de quince años-, el *a quo* tuvo en cuenta la calidad de reincidente del encausado José Antonio Palomino Motta, aumentando la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal -nuevo marco punitivo de quince a veintidós años con seis meses-; habiendo fijado correctamente la pena concreta parcial para este delito en diecisiete años con seis meses.

**9.8.** Establecido que nos encontramos ante un concurso real de delitos entre los delitos de homicidio en grado de tentativa y el de tenencia ilegal de armas, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, siguiendo los lineamientos para determinar la pena en el caso del concurso real impuso la pena concreta final de treinta y dos años y seis meses, observándose además que esta pena no sobrepasa los treinta y cinco años de pena privativa de libertad, ni tampoco excede al doble. Por lo que la pena impuesta por el *a quo* se encuentra conforme a derecho.

## DECISIÓN

Por estos fundamentos:

**I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público; en consecuencia: **II. CASARON** la sentencia de vista del veintiuno de junio de dos mil diecisiete – obrante a fojas quinientos tres-, y actuando en sede de instancia, **REVOCARON** el extremo que por mayoría revocó la sentencia del siete de octubre de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a José Antonio Palomino Motta como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del Estado; y, reformándola lo absolvieron del mencionado delito; y reformándola **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia del siete de octubre de dos mil dieciséis, que condenó a José Antonio Palomino Motta como autor del delito homicidio en grado de tentativa, en agravio de César Reynaldo Quispe Medina y Maritza Yucra Ventura, en concurso real con el delito de tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado, representado por el Procurador del Ministerio del Interior, a quince años de pena privativa de libertad, por el delito de tentativa de homicidio, y diecisiete años y seis meses de pena privativa de libertad, por el delito de tenencia ilegal de armas, en cuya virtud la pena concreta total impuesta es de treinta y dos años y seis meses de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva.

**III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N.º 1020-2017  
LIMA

acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

**IV. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

**BARRIOS ALVARADO**

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHÁVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

BA/jco