



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1699-2017
LIMA**

35

1. LA DECLARACIÓN INCRIMINATORIA DEL AGRAVIADO COMO PRUEBA IDÓNEA. 2. LA AGRAVANTE A MANO ARMADA DEBE ACREDITARSE

Sumilla. 1. La declaración inculpativa del agraviado, según el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, tiene entidad para ser considerada como prueba válida de cargo y virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado. 2. El Acuerdo Plenario N.º 5-2015/CJ-116, prevé los supuestos que han de considerarse para la configuración del supuesto de robo a mano armada (en relación al empleo de arma de fuego), por lo que cualquier otro mecanismo diferente (por ahora), no configurará la agravante.

Lima, ocho de mayo de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad formulado por la defensa del sentenciado don **GEORGE STEVE FONSECA CÁRDENAS** (folios ochocientos catorce a ochocientos diecinueve), con los recaudos adjuntos.

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

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia del seis de diciembre de dos mil dieciséis (folios setecientos noventa y tres a ochocientos dos), emitida por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a don George Steve Fonseca Cárdenas, como autor del delito de robo agravado, en perjuicio de don Carlos Omar Calero Cueva, doña Rosario Rufina Solís Ramos, don Javier Arturo Ambrosio Paulino y don Carlos Julián Ortiz Proa; le impuso trece años de pena privativa de libertad y fijó en quinientos soles la reparación civil que abonará solidariamente con el cosentenciado don César Augusto Merino Honores, a favor de los agraviados.



2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La defensa del sentenciado solicitó la absolución de los cargos formulados en su contra, en mérito a que:

2.1. Se indujo al agraviado don Carlos Omar Calero Cueva, para que identificara al recurrente como uno de los asaltantes, en tanto solo se le mostró en la diligencia las fichas RENIEC del coprocesado don César Augusto Merino Honores y el recurrente. La víctima solo especificó el accionar del primero más no cómo intervino el segundo, por lo que no puede ser considerada como prueba objetiva.

2.2. En cuanto a la versión de la agraviada Solís Ramos, aunque dijo que identificó a Merino y al recurrente, el reconocimiento que hizo sobre las fichas RENIEC es irregular, en tanto no cumplió con las formalidades que establece la ley, demostrándose igualmente que fue inducida.

2.3. Respecto a la declaración del agraviado Ambrosio Paulino, solo especificó la intervención de Merino limitándose a señalar que el recurrente estuvo en el lugar; de la misma forma la diligencia con fichas RENIEC fue irregular.

2.4. Asimismo, el agraviado Ortiz Proa no pudo individualizar el grado de participación de los encausados; y la diligencia de reconocimiento físico que se hizo en este caso tampoco cumplió con las formalidades requeridas por ley.

2.5. Finalmente, el cosentenciado Merino Honores, quien se acogió a la conclusión anticipada del proceso refirió que intervino con otras personas y no con el recurrente, todo lo cual acredita la inocencia del recurrente.



3. SINOPSIS FÁCTICA DE LA IMPUTACIÓN

Se desprendió de la acusación y requisitoria fiscal, que el diez de mayo de dos mil once, aproximadamente a las diecinueve horas con treinta minutos, cuando los agraviados don Carlos Omar Calero Cueva, doña Rosario Rufina Solís Ramos, don Javier Arturo Ambrosio Paulino y don Carlos Julián Ortiz Proa se encontraban en el interior de la juguería Date un gusto, ubicada en el jirón Domingo Cueto N.º 517, en el distrito de Lince, hizo su ingreso el sentenciado don César Augusto Merino Honores y el encausado don George Steve Fonseca Cárdenas premunidos con armas de fuego debidamente camufladas con las ropas que vestían, exigiendo mediante amenazas y frases ofensivas a los agraviados a fin que hagan entrega de sus pertenencias personales, sustrayendo a Calero Cueva la billetera con tarjetas bancarias y documentos personales, así como el teléfono celular; a Solís Ramos un teléfono celular y doscientos soles; a Ambrosio Paulino un teléfono celular con setecientos soles; y, a Ortiz Proa el teléfono celular y trescientos cincuenta soles, luego de lo cual se retiraron del lugar. Los agraviados, una vez reincorporados, solicitaron la ayuda de un efectivo policial motorizado, con quien lograron aprehender a los encausados, al ser reconocidos como los que intervinieron en el asalto, los cuales fueron puestos a disposición de la dependencia policial.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Mediante Dictamen N.º 1172-2017-MP-FN-1ºFSP (folios veintiséis a treinta y uno del cuadernillo formado en esta instancia suprema), la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, opinó que se declare no haber nulidad en la recurrida, al encontrarse acreditada la imputación.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante SN)

1.1. El inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política vigente precisa que las decisiones judiciales deben ser motivadas.



1.2. El artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal sanciona al que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, en cuyo caso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

1.3. El artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal establece las agravantes para el delito de robo, sancionando la conducta con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años. En el caso en concreto se consideraron los supuestos de agravación señalados en los incisos dos (durante la noche o en lugar desolado), tres (a mano armada) y cuatro (con el concurso de dos o más personas).

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

1.5. El artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales establece los presupuestos para la sentencia condenatoria, y precisa que deben apreciarse las declaraciones de los testigos o de las otras pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo.

1.6. En el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco, se estableció que la declaración inculpativa de la agraviada tiene entidad para ser considerada como 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, por lo que se debe tener en cuenta la ausencia de incredulidad subjetiva, debiendo descartarse las relaciones basadas en el odio, resentimientos o enemistad; es decir, sentimientos que puedan condicionar una declaración contraria a la verdad; verosimilitud, es decir, no solo



coherencia y solidez de la propia declaración, sino la corroboración periférica de la misma; persistencia en la incriminación, aunque el cambio de versión no necesariamente inhabilita la apreciación judicial de la declaración.

1.7. En el Acuerdo Plenario N.º 5-2015/CJ-116, del dos de octubre de dos mil quince, se estableció en el segundo párrafo del fundamento diecisiete que:

Por tanto, el sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3 del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.

SEGUNDO. ANÁLISIS DEL CASO SUB MATERIA

2.1. El principio *tantum appellatum quantum devolutum*¹ implica que al resolver la impugnación, solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante. Así, la Corte Suprema no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y, más aún, no se puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque estas han quedado ejecutoriadas².

Por esta razón aquello que no se encuentre dentro de los recursos de nulidad (que trató de ser incorporado oralmente) no será materia de pronunciamiento.

2.2. El recurso de nulidad está centrado en cuestionar la intervención del recurrente en el asalto (por la exclusión que hizo su cosentenciado Merino) y al mismo tiempo restarle valor probatorio a

¹ Aforismo latino que significa que solo se conoce en apelación aquello que se recurre.

² Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número cero cinco mil novecientos uno-dos mil ocho-PA/TC, Lima, del treinta de setiembre de dos mil nueve.



40

la identificación que hicieron las víctimas respecto a sus agresores, por irregularidades en la diligencia.

2.3. En cuanto a la exculpación realizada por el cosentenciado, al momento de la oralización de piezas procesales, el Colegiado Superior no admitió la declaración que realizó este encausado a escala de instrucción por no haber sido ofrecida por la defensa en la etapa correspondiente (cfr. folio setecientos ochenta y siete vuelta), es decir que no se le requirió como testigo impropio, en ese sentido no corresponde analizar este aspecto.

2.4. Respecto al cuestionamiento a las declaraciones de las víctimas, en relación a las fichas RENIEC mostradas al momento de las declaraciones, no constituye una inducción a las partes para la incriminación en los hechos; en tanto los agraviados al momento de declarar refirieron con claridad que las personas que los asaltaron son los mismos que intervinieron y encontraron en la comisaría (esto en cuanto a los agraviados Ambrosio, Solís y Calero, cfr. folio ciento ochenta y cuatro, ciento noventa y dos y setecientos veintitrés vuelta); más aún si el agraviado Ortiz refirió que luego del asalto los siguió cuatro cuadras hasta que apareció la policía motorizada con la que lograron capturar a Merino, mientras que el recurrente huyó pero regresó refiriendo que había una equivocación y trató de impedir la intervención (cfr. folio veinticuatro); es decir, existe una relación de inmediatez.

2.5. Por otro lado, se cuenta con el testimonio del efectivo policial don Pedro Albino Arteta –el cual no fue cuestionado por la defensa en el recurso–, quien en juzgamiento refirió haber intervenido al recurrente por sindicación de uno de los agraviados (Ortiz) que le pidió ayuda luego del asalto; que dicho encausado reapareció con distinto polo para defender a Merino quien ya había sido reducido, (cfr. folios setecientos cuarenta y dos vuelta a setecientos cuarenta y cuatro), el cual fue reconocido por la víctima denunciante.



47

2.6. Otro de los agravios planteados se refiere el grado de intervención. Resulta contradictorio discutir este aspecto, como lo hace la defensa al indicar que ninguna de las víctimas pudo referir el grado de participación del recurrente, cuando la postura del encausado en todo el proceso ha sido que nunca estuvo presente en el lugar y tiempo del suceso.

En un asalto plural las intervenciones de los agentes son parte del plan criminal, en el que cada uno cumple un rol trascendental, como lo fue en la presente; en consecuencia, este agravio tampoco encuentra sustento.

2.7. En atención a lo señalado, al cumplir las declaraciones de las víctimas con los presupuestos del Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116 (cfr. numeral 1.6. del SN), la condena debe quedar firme.

2.8. Finalmente, aunque no es un tema sujeto a discusión ni tampoco forma parte del recurso, cabe señalar que el recurrente fue condenado por tres agravantes: durante la noche, a mano armada y pluralidad de agentes. En cuanto a la configuración de la primera y tercera agravantes no cabe un mayor análisis, en tanto con gran claridad estas dos se configuraron; sin embargo, con respecto a la utilización de arma, para esta instancia suprema se ha generado duda razonable, en atención a lo que se desarrollará adelante.

2.9. El Acuerdo Plenario N.º 5-2015/CJ-116, en el segundo párrafo del fundamento diecisiete (cfr. numeral 1.7. del SN), ha establecido una lista de supuestos a considerarse para la configuración de la utilización de arma, sin que se haya extendido aún a la utilización de cualquier otro mecanismo que aparente serlo, salvo las réplicas. En el caso en concreto las víctimas han sostenido que no podían afirmar que lo que se les mostraba dentro de una cartera y debajo del polo, con forma de un revólver o pistola, se tratara de una arma de fuego, pero que sin embargo, el miedo que les generó la posibilidad de que lo fuera, hizo vencer su resistencia y entregar sus bienes.



42

Aunque la testigo doña Verginia Villanueva Quiroz (cfr. folio veinte), refirió inicialmente que se le enseñó una pistola, luego indicó que "al parecer" uno de ellos tenía un arma³.

2.10. Es ese sentido y por ahora es pertinente, ante la duda de la utilización del arma, declarar la nulidad de la agravante, sin que esto modifique la calificación jurídica imputada por robo agravado, ante la concurrencia de otras agravantes ni afecta tampoco la dimensión de la pena que se ha fijado dentro de los límites previstos por la ley.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, de conformidad en parte con lo opinado por el señor fiscal supremo, los integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia **ACORDARON:**

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia del seis de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a don George Steve Fonseca Cárdenas, como autor del delito de robo agravado, previsto en la concordancia del artículo ciento ochenta y ocho y los numerales dos y cuatro del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, en perjuicio de don Carlos Omar Calero Cueva, doña Rosario Rufina Solís Ramos, don Javier Arturo Ambrosio Paulino y don Carlos Julián Ortiz Proa; le impuso trece años de pena privativa de libertad y fijó en quinientos soles la reparación civil que abonará solidariamente con el cosentenciado don César Augusto Merino Honores, a favor de los agraviados.

³ El ponente estima que *de lege lata* se debe incorporar el empleo de cualquier efecto con que obre el asaltante o agresor con la potencialidad de ser razonablemente asumida como arma –en particular de fuego– como ocurre en la realidad legislativa penal mexicana, prevista en el último párrafo, del artículo doscientos veinticinco, del Código Penal para el Distrito Federal (equipara a la violencia moral, la utilización de juguetes u otros objetos que tengan la apariencia, forma o configuración de armas de fuego, o de pistolas de municiones o aquellas que arrojen proyectiles a través de aire o gas comprimido).



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

43
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1699-2017
LIMA

II. **DECLARAR NULA** la condena respecto a la agravante a mano armada, prevista en el numeral tres, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, conforme a los fundamentos expuestos en la presente Ejecutoria Suprema.

III. **DECLARAR NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene.

Hágase saber y los devolvieron.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

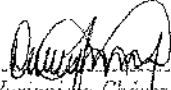
QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

JS/gc

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Diny Yuriana Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA