



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Corte Superior de Justicia de Lima
Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Lima
Juzgado Colegiado de Flagrancia-NCPP



EXPEDIENTE : 246-2016-1-1826-JR-PE-04
JUEZAS : DOLY ROXANA HERRERA LÓPEZ
FLORES GALLEGOS DELIA GRACIELA
BUENO FLORES, LISDEY MAGALY (*)
ESPECIALISTA : DIONICIO RUIZ KINKELY ROCIO
MINIST. PUBLICO : OCTAVA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE LIMA
IMPUTADO : GLENN ISRAEL GOMEZ PÉREZ
DELITO : ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA
AGRAVIADO : MARCO ARTURO CUTIMBO SAMANIEGO

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE

Lima, tres de marzo
del año dos mil diecisiete. -

VISTOS Y OÍDOS

Los actuados en juicio oral inmediato llevado a cabo, por **el Juzgado Penal Colegiado** de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrado por las señoras Magistradas: **Doly Roxana Herrera López, Flores Gallegos, Delia Graciela y Lisdey Magaly Bueno Flores**, quien interviene como **Directora de Debates**, proceden a emitir la correspondiente sentencia en el proceso seguido contra Glenn Israel Gómez Pérez por la presunta comisión del delito de Robo Agravado en grado de tentativa en agravio de Marco Arturo Cutimbo Samaniego.

TRAMITE DEL PROCESO

- Con fecha 30 de enero del 2017, la señora Jueza del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima, declaró fundada la incoación de proceso inmediato y dictó prisión preventiva por el plazo de cuatro meses.
- Mediante Resolución Número Uno de fecha 10 de febrero del 2017, se citó a la Audiencia Única de Juicio Inmediato para el día 16 de febrero, estando a los alcances del fundamento 20 del Acuerdo Plenario 02-2016, sin embargo, la audiencia no se instaló, toda vez que el acusado solicitó la presencia de un abogado particular, por lo que se reprogramó para el día 20 de febrero, fecha en la que de conformidad a las reglas del proceso especial inmediato se emitió de forma acumulativa el Auto de Enjuiciamiento y de Citación a Juicio oral, las partes procesales realizaron sus alegatos de apertura, se desarrolló la actuación de la prueba testimonial de Marco Arturo Cutimbo Samaniego y

Hernán Raymundo Toro Tafur. Sin embargo, y en atención a que el Colegiado tenía la continuación de otro juicio en el Expediente 51-2017, se reprogramó la audiencia.

- El día 23 de febrero del 2017, se actuó la prueba documental, el examen al acusado y la prueba material, sin embargo, la defensa técnica solicitó la reprogramación a fin de presentar sus alegatos de clausura, toda vez que por sus recargadas labores, en tanto también estaba a cargo de las audiencias en los Juzgados de Investigación Preparatoria, no le permitió prepararse debidamente, solicitud a la que no mostró oposición la representante del Ministerio Público, por lo que se reprogramó para el día 28 de febrero del 2017, fecha en la que se realizaron los alegatos de clausura y se dictó el fallo.

PARTES PROCESALES

- **Representante del Ministerio Público: Dra. Giannina Elizabeth Luna Gamarra**, Fiscal Adjunto Provincial de la 8° Fiscalía Provincial Penal de Lima, con domicilio procesal en Av. Abancay Cdra 5 S/N – Cercado de Lima, teléfono 6255555 anexo 5508 - 991888805.
- **Defensa técnica del acusado:** Dr. Henry Flores Cuadros, identificado con Colegiatura del Colegio de Abogados de Lima N° 4380 8, domicilio procesal en Jr. Carabaya N° 831 Oficina 501- Cercado de Lima; con teléfono 942024710.
- **Acusado: Glenn Israel Gómez Pérez:** identificado con DNI N° 77156459, natural de Lima, nacido el 20/09/1996, hijo de Juan y Ena, estado civil conviviente, tiene una hija de ocho meses de edad, ocupación vendedor de ropa, ingreso mensual mil soles, estatura un metro setenta, peso setenta y dos kilos, domiciliado en calle las Dalías Manzana M1 Lote 02 distrito de San Martín de Porres, presenta cicatriz en la pierna derecha, tatuaje en el brazo derecho en forma de cráneo con daga, en la pierna izquierda un skateboard con el nombre "Lia" y en la pierna derecha imagen de media luna, en la espalda con el nombre Glen. Refiere no tener antecedentes, no tener bienes a su nombre.

I. PARTE EXPOSITIVA

1. **ENUNCIACIÓN DE HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS EXPUESTAS EN LA ACUSACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO, POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

El Representante del Ministerio Público, en su requerimiento acusatorio escrito y que fue subsanado en la primera fase de la audiencia única de juicio inmediato, sostiene que se atribuye al imputado Glenn Israel Gómez Pérez que mediante amenaza y provisto de un objeto punzo cortante (llave multiuso) intentó despojar al menor agraviado Marco Arturo Cutimbo Samaniego, de 17 años de edad, su teléfono celular aproximadamente, en circunstancias que el día 27 de enero del 2017 a las 15.00 horas aproximadamente el menor agraviado se encontraba caminando por la calle Cauricachi con Precursores en el Distrito de San Miguel, fue interceptado por el acusado, quien cogiéndolo por la espalada (cogoteo) le apuntó con un arma punzocortante (llave multiuso a la altura del hombro derecho, amenazándolo con atentar contra su integridad física al referirle *“pásame tu celular o quieres que te meta esto”*, logrando el acusado que el menor le entregara su celular marca LG, color crema, con IME N° 356426-07 -014551-8 de la Empresa Movistar, para luego darse a la fuga a bordo de un skateboard con dirección a la Av. Escardano. El menor inmediatamente solicitó apoyo al personal policial de la Comisaría de Maranga, concurriendo en su auxilio el SO3 PNP Hernán Raymundo Toro Tafur, quien a bordo de un vehículo policial procedió con la búsqueda, identificación e intervención del procesado, quien al momento de ser intervenido en la calle Cauricachi, se desplazaba a bordo de Skate y en una de sus manos tenía consigo el teléfono celular de propiedad del menor, quien lo reconoció, por lo que fue conducido a la dependencia policial.

2. **PRETENSIÓN PENAL Y CIVIL DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

2.1. Calificación Jurídica: Los hechos se han subsumido en el delito de Robo Agravado en grado de tentativa, previsto en el artículo 188 del Código Penal como tipo base, concordado con los incisos 3 (a mano armada) y 7 (en agravio de menor de edad) primer párrafo del artículo 189 del mismo cuerpo normativo. Asimismo, resulta concordante con el artículo 16 del Código Penal.

2.2. Medios Probatorios: Los admitidos en la primera fase de la audiencia de juicio inmediato.

2.3. Pretensión Penal: Solicita **OCHO AÑOS** de Pena Privativa de Libertad, para el acusado.

2.4. Pretensión Civil: Solicita por concepto de Reparación Civil la suma de UN MIL SOLES a favor del agraviado.

3. PRETENSIÓN DE LA DEFENSA:

Demostrará: No concurre la circunstancia agravante específica en agravio de menor de edad previsto en el inciso 7 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, ya que el acusado incurrió en error de tipo y no pudo prever que el agraviado era menor de edad, por las características físicas. Asimismo, la llave multiusos utilizada en el hecho, no tiene entidad suficiente para poder ser considerada como una agravante "a mano armada", de manera que en su momento pedirá la desvinculación al tipo base del delito, esto es, Robo Simple.

4. DERECHOS Y ADMISIÓN DE CARGOS:

De conformidad con el artículo 372° del Código Procesal Penal, norma que se aplica a los procesos inmediatos, el Colegiado por intermedio de la Directora de Debates, salvaguardando el derecho de defensa del acusado, se le hizo conocer los derechos fundamentales que les asisten, luego de lo cual se le preguntó, si se considera responsable de los hechos y de la reparación civil según los cargos materia de la acusación fiscal, a lo cual el acusado señaló que no se considera responsable de los hechos y en cuanto a la reparación civil considera que es excesiva. Siendo así, se dispuso la continuación del Juicio inmediato.

II. PARTE CONSIDERATIVA

Premisa de Hecho.

5. De conformidad con el artículo 356 del Código Procesal Penal, el Juicio es la etapa principal del proceso y se realiza sobre la base de la acusación, en el presente caso se trata de un proceso inmediato en la cual rige el artículo 448 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, publicidad, intermediación y contradicción, al haber tomado contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin:

NUEVA PRUEBA QUE OFRECER

De conformidad con el artículo 373° del Código Procesal Penal aplicable a los procesos inmediatos, se preguntó a las partes procesales si tienen nueva prueba que ofrecer. Al respecto respondieron que no.

6. ACTUACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

Pruebas Testimoniales

6.1. Marco Arturo Cutimbo Samaniego

Respondió: Es estudiante en una academia Preuniversitaria, tiene diecisiete años de edad, nació el 19 de enero del 2000. *“Los hechos se produjeron el 27 de enero del 2017 a las tres de la tarde aproximadamente, venía de mi centro de estudios, bajando del carro a unas cuadras antes de subir a la avenida Cuaricachi me cruce con el joven y cuando empiezo a voltear la calle con dirección a mi casa, a unos cuantos metros de la esquina, me agarró con un cuchillo por la espalda, empezando a punzar, luego se puso delante y me dijo “pásame tu celular o te meto esto”, entonces le di mi celular y me fui con dirección a mi casa. Con la mano izquierda me agarró del cuello y con la otra me empezó a punzar el hombro derecho. El objeto que usó para que le entregara mi celular, era una navaja color azul, no recuerdo cuantos centímetros”*. En el acto de la audiencia reconoció el objeto que se le puso a la vista, asimismo señala que el acusado uso la parte metálica que tiene forma de una cuchilla (se aprecia que es pequeña). Precisa que desde que el acusado le sustrajo el celular hasta la intervención transcurrió de seis a siete minutos. Así también refiere *“la intervención se dio porque cuando me dirigía a mi casa, después de lo sucedido vi una patrulla, me acerqué, toque la parte de atrás y le dije que había sufrido un robo hace unos minutos, me dijeron que subiera en la parte de atrás, avanzaron unos metros más o menos y justo el joven apareció por la vereda con mi celular en sus manos y dije “él es, ahí está mi celular”, bajaron y fue intervenido”*. Asimismo, señala que mide un metro setenta y cinco de estatura, pesa sesenta y nueve a setenta kilos aproximadamente, que el día de los hechos recibió una punzada, pero solo sintió dolor, paso reconocimiento médico legal, mostró el lugar donde había recibido las punzadas. *“El acusado tenía la llave multiusos en la mano derecha y me dijo “pásame tu celular o te meto esto”, como moviendo la cuchilla, eso fue cuando se puso en mi delante, por un lapso de siete segundos aproximadamente”*. En la audiencia tanto el agraviado como acusado se pusieron de pie, verificándose que el primero es dos o tres centímetros aproximadamente, más alto, asimismo su contextura es delgada. Finalmente aclara que al recibir las punzadas no salió sangre y tampoco quedó marca, solo sintió dolor, no hubo ninguna herida, asimismo se encontraba vestido con un pantalón negro y polera rosada con rojo de material polar.

6.2. SOT3 PNP Hernán Raymundo Toro Tafur.

Respondió: *“El día 27 de enero del 2017, me encontraba prestando servicios realizando patrullaje por la calle Cauricachi, circunstancias en que siento que tocan por la parte de atrás del patrullero y era el menor de edad, quien me dijo que había sido víctima de robo, subieron al patrullero y sindicó al intervenido como autor del hecho”*. Precisa que el día de los hechos elaboró el acta de intervención, registro personal y de lacrado de especie. Así también refiere *“Efectué el registro personal al acusado, le encontré una llave multiusos, el celular del agraviado, un skape y otras especies que no recuerdo, asimismo cuando se intervino al acusado estaba a bordo del skape con el celular en la*

mano, en primer lugar se negó que había robado, pero después aceptó que si había robado el celular. El agraviado estaba intimidado, asustado". Agrega que el agraviado le indicó que el acusado lo había cogido del cuello y con la mano derecho había utilizado al parecer un cuchillo, pero no le comentó si lo había punzado.

Documentales

6.3. Acta de registro personal e incautación de especies

El señor Fiscal da lectura a la parte pertinente: "(...) para otras especies: se le encontró una llave multiusos de color azul en su mano izquierda, un skate de color negro marca trabblar, un celular de marca LG de color crema con IMEI 356426-07-01 4551-8 con su respectivo chip de la empresa movistar con su respectiva memoria micro SD 2GB y su materia interna (...)": Se acredita que al momento de su intervención tenía en su poder el instrumento con el cual se cometió el delito, asimismo se encontraba en poder del bien materia de sustracción. Defensa: Se encontró al acusado una llave multiusos de color azul en su mano izquierda.

6.4. Acta de entrega

"(...) Se hizo entrega a la persona de Edith Yesenia Samaniego Montes el bien de propiedad de su menor hijo Marco Arturo Cutimbo Samaniego: un celular de marca LG de color crema con IMEI 356426-07-01 4551-8 con su respectivo chip de la empresa movistar con su respectiva memoria micro SD 2GB (...)". Acredita que la existencia del bien y la entrega del mismo a la madre del agraviado. Defensa: No tiene observación

6.5. Acta de lacrado de especies

Elaborado en la Comisaría de Maranga, en la que se da cuenta que se procedió a lacrar en un sobre de hoja bond de color blanco, una llave multiusos de color azul, relacionado a la intervención de Glenn Israel Gómez Pérez. Acredita el lacrado del medio empleado del cual se hizo la cadena de custodia correspondiente. Defensa: Se lacró una llave multiusos color azul.

6.6. Ficha de Documento Nacional de Identidad

Marco Arturo Cutimbo Samaniego, identificado con DNI N° 70405146, fecha de nacimiento 19/01/ 2000, por lo que cuando sucedieron los hechos tenía 17 años de edad. Defensa:

Prueba material

6.7. Llave multiusos

Se trata de una llave multiusos de metal color azul de seis centímetros y medio de largo y de ancho un centímetro y medio aproximadamente, la misma que consta de cinco compartimentos, entre ellas un desarmador pequeño en punta en forma de estrella, cuatro cuchillas pequeñas de tres centímetros de largo aproximadamente y del otro extremo tiene cinco cuchillas de cinco centímetros aproximadamente, una de estas es recta y

tiene forma de cuchillo pequeño y las demás tienen las características de una sierra y una tijera pequeña, todas las cuchillas tienen punta. Acredita que es el arma que se usó para cometer el ilícito. Defensa: Es una llave multiusos que tiene diferentes elementos, entre ellos un desarmador y una hoja de la cual no puede dar las medidas exactas.

Documentos de la Defensa Técnica

6.8. Documento Nacional de Identidad de Lia Almendra Glenda Gómez Vera

Lia Almendra Glenda Gómez Vera, nació el 28/05/2016, tiene ocho meses y medio, nombre de la madre Tania Lizbeth Vera Bustamante y padre Glenn Israel Gómez Pérez, la menor es hija del acusado.

6.9. Documento Nacional de Identidad de Tania Lizbeth Vera Bustamante

Tania Lizbeth Vera Bustamante, DNI N° 76304176, permite comprobar que es conviviente del acusado y tiene un hogar. Ministerio Público: La dirección que se aprecia en el DNI es la de Calle 18 Asentamiento Humano Los Jazmines del Naranjal Mz. M2 Lote 39, distrito de San Martín de Porres y no es la misma que se consigna como domicilio del acusado, por lo que habría dudar de la convivencia.

Examen del acusado

6.10. Glenn Israel Gómez Pérez

Respondió: *“Estoy arrepentido por los hechos, salí de mi casa a trabajar y estaba con toda la preocupación de que mi hija estaba mal, yo tengo trabajo independiente con la venta de ropa y aparte trabajo en un ONG, no me había ido bien en estos negocios y se me cruza la tonta idea y como paro con una llave por mi skate, no quería hacerle daño, no creía que era un menor de edad, no le pude haber cogoteado, él es más alto, yo estaba con mi skate, si hubiera hecho eso me hubiera ido, no lo he cogoteado no tiene marca, la verdad sé que he cometido un error, pero si me dan la oportunidad, puedo ser una persona que puede contribuir con la sociedad”*. Asimismo, refiere *“cuando me cruzo con él estaba en mi skate, doy media vuelta lo sigo me paro frente a él, saco la llave y le digo “dame tu celular, no le mostré la hoja, le dije “dame tu celular no te voy hacer nada” y me entregó su celular, se asustó, esa era mi intención asustarlo, no hacerle daño, no había sacado ninguna de las partes de la llave, simplemente lo tenía en la mano y el joven cuando vio me dijo “está bien, toma”, mi idea no fue tocarle ni un pelo”*. Aclara que en la Comisaría no dejaron que lea la declaración, en el lugar estaba el Fiscal y el abogado de oficio, este último solo hablo una vez con él para preguntarle su edad y que narrara los hechos. El agraviado tenía el celular en la mano, asimismo refirió que la llave multiusos la tenía en su poder para ajustar el skate, ya que es pequeña. Señala que en el 2015 fue investigado, pero los demás lo limpiaron, por eso la sala le dijo que firmara por el delito de robo. Asimismo, precisa que el skate mide un metro de largo, cuatro pulgadas de ancho, tiene cuatro ruedas. Vive con su menor hija y su señora en San Martín de Porres. Agrega *“no tuve intención de hacer daño al joven, solo era asustarlo para quitarle el teléfono, me*

entregó su celular”. Aclara que no creía que el agraviado era un menor de edad, por sus características parecía un chico de veinte años, además era más alto.

Alegatos Finales

Ministerio Público: Se ha acreditado que el acusado amenazó con un arma blanca al agraviado Marco Arturo Cutimbo Samaniego – menor de diecisiete años de edad-, quien fue abordado por el acusado y le sustrajo su celular, asimismo el agraviado ha reconocido el instrumento que uso el acusado para intimidarlo y evitar sus resistencias, precisamente la parte cortante. Se ha recibido la declaración del testigo Hernán Toro Tafur, quien ha señalado que acudió en auxilio del agraviado y logró intervenir al acusado, al efectuarle el registro personal le encontró la llave multiusos y el teléfono celular sustraído. Se ha acreditado la entrega del bien a la madre del agraviado. Ha quedado demostrado contrariamente a lo que alega la defensa técnica de que el acusado habría incurrido en un error de tipo respecto de la edad del menor de edad, que este supuesto no se ha producido, toda vez que el Colegiado ha podido advertir que no obstante tener unos centímetros más de estatura, su fisonomía, peso y contextura es de un púber, y esto lo hace más vulnerable. Por otro lado la defensa ha cuestionado la calidad de que el instrumento usado, sea un arma blanca, sin embargo, la doctrina señala que un arma es un instrumento que cumple una función de defensa o ataque y la divide en armas propias e impropias, por lo que no hay ninguna duda que la llave multiusos, tiene la entidad suficiente para causar temor y evitar la resistencia de la víctima, por lo que los argumentos de la defensa son con la finalidad de minimizar la responsabilidad del acusado. En consecuencia solicita ocho años de pena privativa de libertad, ya que el hecho quedó en grado de tentativa, asimismo solicita la suma de S/. 1000.00 soles de reparación civil.

Defensa técnica: En los alegatos de apertura se cuestionó las agravantes previstas en los incisos 3 y 7 del artículo 189 del Código Penal. El acusado es consciente que ha cometido una acción típica antijurídica y culpable, pero de Robo Simple. Respecto de la agravante “en agravio de menor de edad”, se ha acreditado en el juzgamiento que el acusado actuó en error de tipo invencible, por cuanto al desplegar la conducta reprochable, no pudo prever e ignoraba que el agraviado era un menor de edad, incluso se pudo apreciar en el debate que existía una diferencia de estatura, el agraviado era mucho más alto que el acusado. Respecto a la agravante “a mano armada”, si bien por un lado el agraviado ha sido persistente en la sindicación de la forma como se han suscitado los hechos, también lo es que ha exagerado en la narrativa, tal vez porque quería convencer de una situación que no ha pasado, pues no ha existido firmeza, ya que dijo que el acusado le estuvo profiriendo hincos, que le causó dolor; sin embargo, para contradecir esta versión el efectivo interviniente Toro Tafur, dijo que en ningún momento el agraviado le manifestó que había recibido hincos con un arma blanca. Asimismo, aun cuando el agraviado dijo que el acusado le mostró una navaja, en realidad el medio utilizado para infundir temor fue una llave multiusos de color azul, la cual se pudo apreciar en el contradictorio, además no fue desglosada. De otro lado, la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario 5-2015, ha desarrollado doctrina jurisprudencial vinculante y en el fundamento jurídico 12, señala que al momento que el agente va a cometer el delito bajo el uso de un arma, esta debe tener potencialidad de causar lesiones o atentar

contra la integridad física de la víctima, lo cual no ha sucedido. En cuanto a la pretensión civil, no se ha acreditado que el menor haya sufrido producto del evento delictivo daños post traumáticos y además el acusado es un padre de familia. En consecuencia, solicita que el acusado adecue el tipo penal al delito de Robo Simple y se declare fundada en parte la pretensión civil.

Última palabra del acusado: Esta arrepentido, ha cometido un error, el tiempo el penal no es un buen lugar, pide una oportunidad para cerca a su familia, ya que tiene una hija de nueve meses.

Premisa de Derecho

Calificación Jurídica

7. "La imposición de una sanción penal requiere de un juicio previo en el que se declare la culpabilidad del acusado por la realización de una conducta delictiva atribuida. En este juicio previo se discute fundamentalmente dos cuestiones. En primer lugar, si el hecho fáctico en el que se sustenta la imputación penal está debidamente probado; en segundo lugar, ***si ese hecho puede subsumirse en el supuesto de hecho de la ley penal que legitima la imposición de la sanción prevista como consecuencia jurídica***"¹. Respecto de este punto, es de advertir que los hechos incriminados están referidos al delito de **ROBO AGRAVADO**, descrito en el tipo penal contenido en el artículo 188, como tipo base, y el primer párrafo del artículo 189 incisos 3 y 7 del Código Penal concordado con el artículo 16 de la norma sustantiva, cuya perpetración se atribuye al acusado **Glenn Israel Gómez Pérez**, en calidad de autor.
8. El delito de Robo se inserta como tipo penal en el catálogo punitivo que lesiona el bien jurídico "patrimonio", empero, por la actividad desplegada por el agente activo no solamente puede lesionar el bien jurídico indicado sino que también puede importar lesión a la libertad, vida, cuerpo y la salud, por lo que también son objeto de tutela penal en este tipos². Siendo esto así, la lesión al bien jurídico tutelado penalmente tiene su correlato en una sanción penal, en la medida que cumpla con los elementos que el tipo penal ha previsto para tal efecto. Es así que el artículo 188 del Código Penal ha configurado el delito de Robo de la siguiente manera:

"Artículo 188.- Robo

"El 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 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. "

¹GARCIA CAVERO, Percy. La prueba por indicios en el proceso penal. Editorial Reforma. 1° edición, 2010. pp. 21.

²Alonso Raúl Peña Cabrera. Derecho Penal Parte Especial". Tomo II. Tercera Reimpresión. Abril 2011.Lima- Perú. Pág.225.

9. En la medida que la ejecución del indicado delito se realice bajo ciertas circunstancias especiales cualificantes previstas en la ley penal, esta se refleja con mayor intensidad en la sanción. El artículo 189 del Código Penal ha previsto que la penalidad es mayor en tanto el evento delictivo se ejecute:

"Artículo 189.- Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

(...)4. En cualquier medio de locomoción de transporte público privado de pasajeros o de caga..."

10. Así las cosas la conducta incriminada a lo que la dogmática penal ha denominado **juicio de tipicidad**, consistente en verificar si ella se encuadra plenamente en el supuesto conminado en la norma penal. De esta manera se determinará cuáles son los elementos objetivos y subjetivos constitutivos del tipo penal materia de análisis, asimismo se procederá a su clara delimitación, y de esta manera verificar si la norma penal es aplicable al caso concreto.

11. Los elementos objetivos del tipo:

11.1. **Bien jurídico protegido.-** El bien jurídico protegido en el Delito de Robo es de **naturaleza pluriofensiva**, toda vez que no solo protege el patrimonio, sino además la integridad y libertad personal³.

11.2. **Objeto material.-** Como señala Salinas Siccha⁴, se entiende por bien *ajeno*, todo bien mueble que no nos pertenece y que por el contrario, pertenece a otra persona.

11.3. **Acción típica.-** El Delito de Robo, desde la perspectiva objetiva, exige que el agente se **apodere ilegítimamente** de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, **sustrayéndolo** del lugar donde se encuentra, siendo necesario el empleo de violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física. El apoderamiento importa: *a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor -de su esfera de posesión- a la del sujeto activo, y, b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma.* A estos efectos, según el Artículo 188 del Código Penal, se requiere de la sustracción del bien, esto es, la separación de la custodia del bien de su titular y la incorporación a la del agente.

11.4. **La violencia y amenaza como elementos típicos.-** Es necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima,

³Ejecutoria Suprema del 19/05/1998, Expediente N° 6014-97 AREQUIPA. ROJAS VARGAS, FIDEL. *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 397.

⁴SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Grijley, 3ª Edición 2008, p. 914.

destinadas a posibilitar la sustracción del bien. La violencia o amenaza devienen en instrumentos que utiliza o hace uso el agente para facilitar la sustracción y por ende el apoderamiento ilegítimo del bien que pertenece al sujeto pasivo⁵. Respecto de este punto, la Corte Suprema en la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, ha señalado que, los actos de violencia o intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción del bien⁶.

Amenaza: Es el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar temor en el interlocutor. Se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer⁷.

Elemento Subjetivo:

11.5. Se requiere de la concurrencia de dolo directo, acompañado de un elemento subjetivo del tipo, que toma cuerpo en el ánimo de lucro con el cual actúa el sujeto agente. De este modo el sujeto agente tiene conocimiento de los elementos objetivos configuradores de la parte objetiva del tipo penal, y dirige su voluntad a la realización de los mismos, acompañado en todo momento de un ánimo de sacarle provecho.

Iter criminis: consumación y tentativa:

11.6. “El artículo 16 señala que: *“en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo...”*. Estaremos ante una tentativa de robo cuando el agente ha dado inicio a la sustracción del bien mueble haciendo uso de la violencia o amenaza y luego se desiste, o cuando el agente no logra sustraer el bien mueble por oposición firme de la víctima o es sorprendido por terceros en los instantes que se encuentra en plena sustracción de los bienes y lo detienen, o cuando está en fuga con el bien sustraído y es detenido por un tercero que muy bien puede ser un efectivo de la Policía Nacional⁸.

Agravantes

⁵ Ídem, p. 916

⁶ Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, considerand o 6°, *in fine*.

⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Grijley, 3° Edición 2008, pág. 918

⁸ Ídem, p. 925

11.7. A mano armada: Se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente de un bien mueble de su víctima

11.8. En agravio de menor de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.- La agravante se materializa cuando el agente dirige los actos de violencia o amenaza en contra de un menor⁹.

Texto Valorativo

12. Para destruir la presunción de inocencia de todo ciudadano se requiere suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con todas las garantías de ley, ..." tal como lo prescribe el artículo II del T.P del Nuevo Código Procesal Penal; y, en ese mismo sentido el artículo 2° inciso 24. "e" de la Constitución Política del Estado, que prescribe sobre la presunción de inocencia, esta norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción. Precisar que, los actos de investigación que realiza el fiscal a nivel de diligencias preliminares, solo sirva para fundamentar sus disposiciones y requerimientos; y, nada más; los que vinculan al Juez, son la prueba que, por regla general es la que se produce en juicio, la que sometida previa inmediación y contradictorio, arroja información de calidad para sentenciar a un ser humano, salvo la prueba pre constituida o prueba anticipada, entonces la prueba que vincula al órgano jurisdiccional es la que se da en el estadio de Juzgamiento.

13. Asimismo, en nuestro ordenamiento nacional, existe doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la República, que permite incluso la posibilidad de fundar responsabilidad penal y en consecuencia vencer la presunción de inocencia de un procesado, cuando concurren los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, es decir cuando sólo existe en un caso concreto, o así lo considera el juzgador, una sindicación sostenida por el agraviado y ésta es corroborada por elementos objetivos que si bien no tienen relación directa con el hecho –son periféricos a él- sustentan la incriminación y se desprendan de las

⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II. Editorial Grijley, 4ª Edición 2010, p.976.

actuaciones del proceso, y la sindicación de la parte agraviada tiene las características de solidez y coherencia, es perfectamente posible fundar responsabilidad penal, siendo esta posibilidad una más de las que puede utilizar el juzgador además de la valoración de la prueba directa, o de la utilización de la prueba indiciaria.

14. Cerrado el debate, el Colegiado analiza acerca si se alcanzó certeza sobre la comisión del hecho punible y la participación culpable atribuida al acusado, en base a la prueba producida en el juicio o si, por el contrario, esa misma prueba nos conduce a absolver de los cargos efectuados en la acusación.

Hechos probados

15. Luego de la actividad probatoria realizada en el juicio oral inmediato, el Colegiado ha llegado al convencimiento que se ha acreditado el apoderamiento ilegítimo mediante amenaza, del celular marca LG, color crema, con IME N° 356426-07-014551-8 de la Empresa Movistar; con la declaración del agraviado Marco Arturo Cutimbo Samaniego, quien ha narrado las circunstancias de la sustracción, asimismo este hecho no fue materia de controversia por el acusado Glenn Israel Gómez Pérez, en tanto ha aceptado el apoderamiento ilegítimo.
16. El artículo 201.1. del Código Procesal Penal, señala: "*En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa: materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo*". En el presente caso la preexistencia ha sido probada con la declaración del agraviado, el acta de registro personal e incautación oralizada en el debate en el cual se dejó constancia "*...para otras especies: positivo. Se le encontró en su mano izquierda, un skate de color negro marca trabblor, un celular de marca LG de color crema con IMEI 356426-07-01 4551-8 con su respectivo chip de la empresa movistar con su respectiva memoria micro SD 2GB y su memoria interna...*", del mismo modo el acusado ha reconocido la sustracción de dicho bien.
17. No obstante el reconocimiento del apoderamiento ilegítimo por parte del acusado mediante amenaza, la defensa ha cuestionado las agravantes invocadas por la Representante del Ministerio Público, precisando que se trataría de un robo simple y no agravado, de modo que será materia de análisis los siguientes puntos controversiales:

- ¿Determinar si la llave multiusos utilizada en el hecho, tiene entidad suficiente para poder ser considerada como la agravante “a mano armada”, prevista en el inciso 3 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal?
- ¿Determinar si el acusado incurrió en error de tipo y no pudo prever la edad del menor agraviado y por lo tanto no concurriría la circunstancia agravante específica en agravio de menor de edad previsto en el inciso 7 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal?

18. Respecto de la agravante “a mano armada”, la representante del Ministerio Público sustenta que se configura, toda vez que el acusado el día de los hechos utilizó un arma punzo cortante (llave multiusos) para amenazar al agraviado y además le dijo “**pásame tu celular o quieres que te meta esto**”, logrando que el agraviado entregara el bien. Por su parte la defensa señala que el arma usada no tiene entidad suficiente para ser considerada como una agravante y por lo tanto debe estar inmersa en el medio comisivo “amenaza”.

19. Sobre el particular, es preciso desarrollar en qué consiste el concepto de “arma” para los fines del Derecho Penal. Siguiendo al Dr. Soler, el término “arma” se define como “(...) *aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como un medio contundente (...)*”¹⁰. Por su parte el profesor Salinas Siccha, señala por arma se entiende todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta. En tal sentido, constituyen armas para efectos de la agravante: **arma de fuego** (revólver, fusiles, carabinas, ametralladoras, etc), **arma blanca** (cuchillo, verduguillo, desarmador, navajas, sables, serruchos, etc) y **armas contundentes** (martillos, combas, piedras, madera, fierro, etc)¹¹. La ejecutoria del 08 de mayo del dos mil tres, emitida por la Sala Penal Transitoria, da cuenta de un caso concreto en el cual el agente para lograr su objetivo de sustraer los bienes del

¹⁰ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino- Tomo IV*. Buenos Aires, 1969, p.187.

¹¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Grijley, 3ª Edición 2008, p. 962

agraviado utilizó como arma un desarmador. En efecto, la citada Ejecutoria argumenta “ Que durante la secuela del proceso el Colegiado ha evaluado y meritado las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Rubén Sánchez Fuertes en la comisión del delito contra el Patrimonio Robo Agravado, quien en compañía de dos menores interceptó a los agraviados, despojándolos de sus pertenencias consistentes en un reloj de dama y una gorra dril color azul, **para cuyo fin el citado procesado utilizó un desarmador con el fin de intimidarlos**¹². El resaltado es nuestro. Por su parte Peña Cabrera señala: “se distingue comúnmente entre las llamadas armas “propias” y las armas “impropia”; en primer rubro habrá que comprender las escopetas, los fúsiles, los revólveres, las pistolas, es decir, todas a aquellas que son creadas especialmente para causar lesiones y/o la muerte de una personas, que importan la propulsión de un proyectil que ha de incidir en un determinado blanco, mientras que en la segunda variante (armas blancas – punzo-cortantes), hemos de glosar los cuchillos, las navajas, puñales, las hachas, tijeras, instrumentos de labranza, así como ciertas herramientas empleadas en ciertos oficios menores, que tengan la suficiente idoneidad como para provocar un daño grave en la vida y/o salud de las personas¹³. El Acuerdo Plenario N° 5-2015/CIJ-116, señala “el significado del “arma” es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza; a lo que se agrega el concepto de alevosía, que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor, situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial. Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima (elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); **es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre. En uno y otro, el agente cuenta con los efectos psicológicos, fisiológicos y bioquímicos del temor en su víctima, que se presentarán**

¹² Expediente N°2757, en Rojas Vargas, 2005,II, Pág. 253.

¹³ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Edit. Idemsa. Lima- Perú.2011. Pág. 240

como reacción natural frente al atentado amenazante¹⁴. El resaltado es nuestro.

20. Una vez desarrollado el concepto de “arma”, corresponde analizar si la sola circunstancia de portar el arma por parte del agente a la vista de la víctima, al momento de cometer el robo, configura la agravante. Si en un caso se verifica que el autor portaba el arma pero nunca lo vio su víctima, la sustracción -apoderamiento- no se encuadrará en la agravante. A efectos de la hermenéutica de la agravante y aplicarlo a un hecho concreto no resulta de utilidad diferenciar si realmente se hizo uso del arma o solo se portó a vista del sujeto pasivo, pues al final en ambos supuestos el agente demuestra mayor peligrosidad y atemoriza a su víctima de tal forma que no pone resistencia a la sustracción de sus bienes¹⁵. Así la jurisprudencia nacional traducida en resoluciones de nuestro máximo tribunal ha adoptado lo siguiente: No se toma en cuenta si el arma aumenta la potencial agresividad del agente sino por el contrario, se toma en cuenta el estado anímico de la víctima al momento en que el agente actúa portando o haciendo uso del arma aparente. Así en la ejecutoria del 10 de marzo de 1998, la Corte Suprema expresó *“tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber los encausados usado armas aparentemente inocuas (revólver de fogeo y un madero), ya que resultaron suficientes para atemorizar a los agraviados, contras los que ejercieron violencia”*¹⁶. Mientras que en la Ejecutoria suprema de fecha 10 de julio de 1998 se sostiene *“el concepto arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad despertando en esta un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes”*¹⁷.

¹⁴ El Acuerdo Plenario N°5-2015/CIJ-116 de fecha 02 de octubre del 2015. Fundamento 12

¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II. Editorial Grijley, 4ª Edición 2010, p. 914.

¹⁶ Recurso de Nulidad N°5824-97- Huánuco

¹⁷ Expediente N°2179-98- Lima, En Rojas Vargas, 1999, Pág. 196

21. Bajo los conceptos expuestos en la doctrina y jurisprudencia nacional, corresponde analizar el caso que nos ocupa, así tenemos que en el presente juicio ha quedado acreditado, que el día 27 de enero del 2017 a las 15.00 horas aproximadamente, el acusado tenía en su poder una llave multiusos con la que amenazó al agraviado, la misma que tiene varios compartimentos y entre ellos una cuchilla pequeña; con la declaración del agraviado quien refirió *“(...) el acusado tenía la llave multiusos en la mano derecha y me dijo “pásame tu celular o te meto esto”, como moviendo la cuchilla, eso fue cuando se puso en mi delante (...), “(...)el objeto que usó para que le entregara mi celular, era una navaja color azul, no recuerdo cuantos centímetros(...)”*, así como la declaración del testigo SOT3 PNP Hernán Raymundo Toro Tafur, quien indicó *“(...)efectué el registro personal al acusado, le encontré una llave multiusos(...), el acta de registro personal en la cual se deja constancia “(...) para otras especies: se le encontró una llave multiusos de color azul en su mano izquierda (...)”*, acta de lacrado de especie y finalmente el acusado al ser examinado reconoció que el día de los hechos portaba la llave multiusos que le fue incautada, no obstante dijo “no le mostré la hoja”. De manera que el instrumento utilizado por el acusado no se trata en estricto de una “llave”, tal como ha postulado la defensa, ya que a través del principio de inmediación se apreció que tiene varios compartimentos, entre los cuales se observó un desarmador, tijera y cuchillas, estas últimas de cinco centímetros aproximadamente de metal y con punta, por lo que a claras luces tiene las características para ser considerada un arma blanca.

22. Asimismo, debemos tener en cuenta que el arma usada por el acusado ocasionó un efecto de intimidación en el agraviado, provocándole temor y por ende el debilitamiento de las posibilidades de defensa, cuando le mostró la cuchilla que forma parte de la llave multiusos y le dijo ***“pásame tu celular o te meto esto”***, al punto que ni siquiera intentó defender su bien, sino de inmediato procedió a entregarle porque estaba asustado, evidentemente era la reacción que se buscaba con el empleo de dicha arma, y así confirmó el acusado cuando al ser examinado dijo *“(...) se asustó, esa era mi intención asustarlo, no había sacado ninguna de las partes de la llave, simplemente lo tenía en la mano y el joven cuando vio dijo “está bien, toma” (...)*”, y la causa de este temor no habría sido posible si el acusado no le mostraba la cuchilla, en ese mismo sentido el testigo SOT3 PNP Hernán Raymundo Toro Tafur refirió *“estaba asustado, intimidado”*.

Aunado a ello que las máximas de la experiencia nos dicen que un ciudadano común se intimida cuando observa que una persona la amenaza con un objeto punzo cortante y se sabe perfectamente también que llegado el momento podría hacer uso para defenderse en el supuesto que la víctima oponga resistencia. Así Peña Cabrera señala que *para distinguir la amenaza del artículo 188 con la agravante in examine, en la primera de ellas, el autor no puede haber propiciado el estado psicológico de miedo sobre la víctima, pues de ser así habrá que apreciar el artículo 189. Si esta no fue empleada y el agente reduce a la víctima a golpes, habrá que admitir el robo simple.*¹⁸ Consecuentemente la afirmación de la defensa, en el sentido que solo se mostró la llave sin hacer uso de la cuchilla, no resulta creíble, ya que por sí sola no hubiera generado suficiente entidad de temor.

23. Ahora bien, respecto de la utilización del arma blanca (cuchilla desglasada de la llave multiusos) para intimidarlo, tenemos una prueba directa que es la declaración del agraviado, la misma que al ser sometida a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-1 16¹⁹, como son: **i) Ausencia de incredibilidad subjetiva**. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otros que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; que en efecto no existen, ya que antes de los hechos no se conocían **ii) 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; el relato del agraviado ha sido coherente además se ha visto corroborado, en tanto se encontró en poder del acusado una cuchilla que tiene varios compartimentos, la cual fue reconocida por el agraviado en el debate probatorio y señaló que le causó temor y en efecto el estado de ánimo también fue reconocido por el acusado cuando dijo que el agraviado estaba asustado; y, **iii) persistencia en la incriminación**, según la cual, el agente que sindicó haya tenido uniformidad en el tiempo para mantener su declaración de atribución de conducta, admitiéndose que el cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial. Su versión ha sido persistente desde las primeras diligencias preliminares.

¹⁸ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Edit. Idemsa. Lima- Perú. 2011. pág. 243

¹⁹ De fecha 30 de setiembre de 2005. *Asunto*: Requisitos de la sindicación de coacusados, testigos o agraviado.

De modo que, las tres garantías de certeza se han visto superadas y tienen entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia con la que cuenta el acusado, de manera que la tesis postulada por la defensa no tiene sustento probatorio. De otro lado, se ha indicado también que el agraviado no habría sufrido lesiones, pese a que manifestó que el acusado le hincó con la llave multiusos, empero debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público no postuló el medio comisivo de la violencia y además según referencia del agraviado solo sintió dolor, pero no le dejó ninguna herida.

24. En cuanto a la agravante **“en agravio de menor de edad”**, el agente debe conocer o darse cuenta que está ejecutando el robo en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía, ni había la posibilidad de conocer tal circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que resolverá aplicando las reglas del artículo 14 del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, el o los autores solo serán pasibles de sanción penal a título de robo simple²⁰. Así en el caso materia de análisis tenemos que el agraviado nació el diecinueve de enero del año dos mil, por lo tanto cuando sucedieron los hechos tenía diecisiete años y diez días de edad, tal como se corrobora con el Documento Nacional de Identidad oralizada en el debate. Sin embargo, fue materia de debate si el acusado tenía conocimiento que se trataba de un menor de edad cuando sucedió el evento delictivo y sobre ello tendrá que enfocarse el análisis.

25. Así, luego de la actividad probatoria y en especial del examen al agraviado Marco Arturo Cutimbo Samaniego, el Colegiado a través del principio de inmediación, ha llegado a la convicción que el acusado al momento de los hechos actuó en el entendido que la víctima no era un menor de edad, por sus características físicas, como talla, peso, contextura y fisonomía, puesto que en pureza su rostro denota una edad aproximada que linda entre los dieciocho años a mas, lo cual generó un atendible equivocación en el acusado, pues actuó con un falso conocimiento acerca de la edad del agraviado, elemento sustancial para la configuración de la agravante atribuida, perfeccionándose de este modo lo que se denomina error de tipo.

²⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II. Editorial Grijley, 4ª Edición 2010. pág 976

26. Al respecto conviene citar al tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni, quien sobre el particular anota "(...)el error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo, cuando habiendo tipicidad objetiva falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, así quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, si no de su compañero de casería; quien yace con una mujer de diecisiete años que en realidad tiene catorce. En todos estos casos el error ha recaído sobre uno de los requerimientos del tipo objetivo; en el primero el sujeto ignora que causa la muerte de un hombre, en el segundo que la mujer tiene menos de quince años (...)"²¹. Por lo que el error de tipo al que se ha hecho alusión es de estimar que le resulta "invencible", puesto que del tipo de delito y la forma cómo sucedieron los hechos – de manera inmediata – fue imposible que el acusado tuviera la posibilidad de ser cuidadoso o preveer su accionar, lo cual influye en la esfera de percepción, no resultándole por tanto exigible que pudiera haber calculado una edad distinta de la que aparentaba el agraviado; tal situación elimina el dolo, configurándose de esta forma el 14 del Código Penal, en virtud a las consideraciones ya anotadas; consecuentemente debe absolverse al acusado respecto de la agravante específica materia de análisis.

27. Está probado que el delito ha quedado en grado de tentativa, toda vez que la sustracción perpetrada por el acusado, no llegó a consumarse, conforme a los fundamentos de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-3 01-A, en tanto el acusado no tuvo la posibilidad de realizar sobre la cosa, actos de disposición, puesto que de inmediato fue intervenido por el SOT3 PNP Hernán Raymundo Toro Tafur, ya que el agraviado fue quien dio aviso y al practicarle el registro personal se encontró en su poder el celular sustraído, recuperando de esta manera el bien, tal como consta en el acta de registro personal.

Juicio de Subsunción o tipicidad

28. Estando a la forma y circunstancias en que se perpetró el evento delictivo, no cabe duda que el acusado ha actuado dolosamente en la ejecución de su plan criminal, lo que permite concluir que tiene la calidad de autor en el injusto penal de Robo Agravado en grado de tentativa previsto en el artículo 188 –tipo base- con la circunstancia agravante prevista en el primer párrafo, inciso 3 artículo 189 del

²¹ Eugenio Raúl Zaffaroni - Manual de Derecho Penal – Ediciones Jurídicas 1994, pág. 411

Código Penal y concordado con el artículo 16 de la norma sustantiva, toda vez que la tesis inculpatoria ha contado con la calidad y fuerza probatoria que acredita no solamente la comisión del delito, sino además la responsabilidad del acusado en calidad de autor, en mérito a lo expuesto en los considerandos precedentes, acreditándose además que el accionar fue con pleno conocimiento y voluntad, ha sido capturado en flagrancia delictiva, concurriendo así los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal materia de análisis.

Juicio de antijuridicidad y culpabilidad

29. En el presente caso no se ha logrado determinar la existencia de causas que justifiquen la conducta del acusado como para negar la antijuridicidad, respecto de la conducta desplegada.
30. Con respecto a la culpabilidad, debe considerarse que en el momento de los hechos el acusado era mayor de edad y la conducta desplegada se ha realizado en pleno uso de sus facultades mentales, sin que existan elementos de prueba actuados en juicio que demuestren lo contrario; en consecuencia, el juicio de tipicidad resulta positivo.

31. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

- 31.1 Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado como autor del delito de Robo Agravado en grado de tentativa, corresponde establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, observando los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización de la pena, en concordancia con los artículos I, II, IV, V, VII, VIII, IX del Título Preliminar del Código Penal.
- 31.2 La representante del Ministerio Público, solicitó imponer al acusado por el delito de Robo Agravado en grado de tentativa, ocho años de pena privativa de libertad, por cuanto se presenta una circunstancia atenuante privilegiada – el hecho quedó en tentativa -, empero no ha presentado el reporte correspondiente de antecedentes carcelarios y otros que permita determinar si tiene alguna circunstancia de agravación – reincidencia, habitualidad u otros- por lo que deba fijarse una pena por encima del máximo legal.

31.3 El delito de Robo Agravado se sanciona con una pena privativa de libertad no menor doce ni mayor de veinte años, si el hecho se comete a mano armada, por lo que la división de los tercios serían los siguientes:

TERCIO INFERIOR	TERCIO INTERMEDIO	TERCIO SUPERIOR
- No existan atenuante, ni agravantes - Concurran circunstancias atenuantes	Concurran circunstancias de agravación o atenuación	Concurran únicamente circunstancias agravantes
12 a 14 años y 8 meses	14 años ocho meses a 17 años y 4 meses	17 años 4 meses a 20 años

31.4 Si bien es cierto el Código Penal establece los criterios de determinación de la pena previstos en el artículo 45-A de la norma invocada, también lo es que es obligación del Juez aplicar de manera razonable y con buen criterio los márgenes punitivos y en proporción para cada sujeto. Así el artículo VIII del Título Preliminar de la norma antes indicada, prescribe que *“la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” – Proporcionalidad-*, debiendo además tener en cuenta lo señalado en los artículos IX del Título preliminar- función de la pena-, los artículos 45²² - criterios para individualización de la pena concreta- y 46 que establece referencialmente los criterios de atenuación y agravación genéricas. Todas estas normas, evidentemente tienen el propósito de que los jueces con buen criterio y evaluando cada caso de manera concreta, además de la especial condición de cada ser humano sujeto a un proceso penal, determine una pena adecuada, debido a que se trata de comportamiento de personas y hechos donde se involucran una serie de situaciones que hacen que cada caso sea especial y particular.

31.5 Así es labor del órgano jurisdiccional otorgar un tratamiento razonable y equilibrado a los procesados de acuerdo a la gravedad e intensidad del delito, así como su forma de perpetración, siendo que en el presente caso, tal como ha quedado acreditado en el debate, el acusado sustrajo el

²² Para la **individualización de la pena concreta**, debe considerarse el artículo 45 del Código Penal que señala: *“El juez, al momento de fundamentar la pena, tiene en cuenta; a) Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad, b) Su cultura y costumbre ;y, c) Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.*

celular del agraviado, habiendo hecho uso de un arma blanca para amenazarlo, empero no existió violencia, por lo que la pena a imponerse no puede trascender más allá del punto de equilibrio que la justicia requiere.

31.6 Nuestra Constitución Política en el artículo 139, inciso 22, regula el régimen penitenciario, el mismo que tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En igual sentido el Código Penal de 1991 en el artículo IX del Título Preliminar expresa que *“la pena tienen función preventiva, protectora y resocializadora”*. Desde la perspectiva constitucional la pena sirve para que el agente infractor se resocialice y recapacite sobre su mal comportamiento, es decir, si ha cometido un error puedan enmendarlos, por tanto no es meramente un castigo, sino más bien el compromiso del Estado de encaminar por el buen comportamiento al ciudadano que infringió la norma, condiciones que en nuestro medio resultan bastante cuestionables debido a las pésimas condiciones carcelarias y a la sobrepoblación penal, ya que son los problemas más álgidos que se ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos, asimismo no se advierte políticas estatales que contribuyan a la solución de dichos problemas, pues a esto se suma que los pocos establecimientos penitenciarios que existen se encuentran hacinados y desordenados, constituyendo únicamente celdas temporales de personas que han delinquido, donde el sujeto que es proclive al delito aprende comportamientos delictivos cada vez más peligrosos y a pesar del intenso trabajo que desarrolla el INPE por la carencia de recursos no alcanza para un debido tratamiento penitenciario, en consecuencia enviar a prisión a personas que incurren en delitos por primera vez debe ser por tiempo razonable, debido a que no constituyen un peligro social, sino incurren en un delito ocasional y circunstancial como se ha dado en el presente caso, pues según manifestó el acusado cometió el evento delictivo ante la influencia de apremiantes circunstancias familiares, en tanto su hija Lia Almendra Glenda Gómez Vera – tal como se aprecia del Documento Nacional de Identidad oralizada en el debate - se encontraba delicada de salud y no le alcanzaba para cubrir los gastos ya que no le iba bien económicamente.

- 31.7 Teniendo en cuenta lo antes señalado, se ha verificado que el acusado, al momento del hecho punible tenía veinte años de edad, ha cursado secundaria completa, tiene carencias económicas, sustenta a su familia, constituida por su conviviente Tania Lizbeth Vera Bustamante, hija de nueve meses de edad y madre, así también es la primera vez que ha incurrido en un delito, pues no tiene antecedentes penales, consideraciones que sirven para analizar la sanción penal.
- 31.8 Asimismo, resulta atendible de acuerdo a las circunstancias personales del acusado, que tiene un pronóstico positivo, en tanto sabe que tiene que responder a las necesidades de su familia, pues tiene una hija de nueve meses de edad, es una razón suficiente para estimar que su comportamiento, después de esta experiencia, será positiva, por lo que el tratamiento punitivo debe estar aparejado a esas condiciones personales, pues que en un periodo largo en prisión no va influir en su desenvolvimiento posterior, más aun si se trata de una persona joven (veinte años de edad), quien luego de esta experiencia podrá reflexionar y corregir su vida.
- 31.9 Siendo así, se advierte que el presente caso concurren dos circunstancias atenuantes privilegiadas como son que el hecho ha quedado en grado de tentativa (artículo 16 del Código Penal) y el acusado tenía veinte años de edad cuando se suscitó el evento delictivo. Respecto a esta última circunstancia aún cuando el artículo 22 del Código Penal excluye la aplicación de la responsabilidad restringida para el delito de robo agravado, empero debe tenerse en cuenta lo establecido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República al resolver el Recurso de Nulidad N° 701-2014 – Huancavelica, que señala *“No pueden aplicarse por ser inconstitucionales, las leyes que prohíben a los jueces penales reducir las penas en los casos de responsabilidad restringida del autor, esto es, cuando tengan menos de 21 años, incluso en caso graves como violación sexual de menor de edad. De lo contrario, se vulneraría el principio institucional de igualdad, que tiene relevancia constitucional”*. Del mismo modo la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 335-2015 Del Santa, de fecha primero de junio del dos mil dieciséis, ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y quinto de la sentencia casatoria, que textualmente señala *“Es importante precisar que el control difuso de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución*

Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°, primer párrafo del Código Penal, siendo una disposición general debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo se afecta el principio – derecho de igualdad garantizado por el artículo 2° inciso 2 de nuestra Constitución. Más aún, cuando el tribunal constitucional ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado”.

31.10 En ese orden de ideas, debe aplicarse el artículo 45 A inciso 3 numeral “a” del Código Penal que prescribe: “*Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina: **a) tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior**”;*(el subrayado es nuestro). Así se ha desarrollado en la Casación N° 626- 2013 – Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el veintisiete de febrero del dos mil dieciséis emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema y señala en el considerando Trigésimo primero: “*El artículo 45-A del Código Penal, adicionado por ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios inferior, intermedio y superior será sobre la base de tres factores: a) circunstancias generales atenuantes y agravantes, establecido en el artículo cuarenta y seis incisos uno y dos incorporado por la ley citada. b) **causales de disminución o agravación de la punición siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionado (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal) ...” . (Énfasis y subrayado nuestro)***. En consecuencia, este colegiado, considera que sobre los doce años de pena privativa de libertad (tercio inferior), debe realizarse una reducción de hasta siete años, por lo que corresponde fijar cinco años de pena privativa de libertad..

32. REPARACIÓN CIVIL

32.1. La reparación civil importa el resarcimiento del bien o indemnización por quien produjo el daño delictivo, cuando el hecho afectó los intereses particulares de la víctima; que, conforme lo estipulado por el artículo noventa y tres del Código Penal, la reparación civil comprende: **a)** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y **b)** la indemnización de los daños y perjuicios.

32.2. El Representante del Ministerio Público, a través de sus alegatos de apertura y clausura, petitionó como pago de reparación civil la suma de S/

1000.00 soles, a favor del agraviado, mientras la defensa consideró que dicho monto es excesivo.

32.3. Habiéndose acreditado la participación del acusado en calidad e autor, en el hecho ilícito (sustracción del celular del agraviado), debe procederse con determinar si se ha acreditado su responsabilidad en la pretensión resarcitoria.

32.4. Antijuricidad: Respecto a la existencia de un hecho ilícito. Ha quedado evidenciado en juicio que el acusado con la conducta desplegada ha vulnerado el bien jurídico el Patrimonio ajeno, habiendo perjudicado al agraviado no sólo en su patrimonio sino también se ha producido una afectación psicológica conforme incluso el acusado refirió que el agraviado estaba asustado; por lo que se cumple este elemento.

32.5. Existencia de los factores de atribución: Para el caso en análisis y conforme a lo precedentemente descrito, se verifica la presencia de dolo (como factor de atribución en la responsabilidad extracontractual) en la actuación del acusado; no verificándose por otro lado alguna afectación a su estado de conciencia al momento de la comisión del evento.

32.6. Relación de causalidad entre la acción generadora del daño y el evento dañoso: Conforme se ha descrito en los párrafos anteriores, se tiene que efectivamente, el acusado con una cuchilla que formaba parte de una llave multiusos amenazó al agraviado, quien ante el temor no tuvo otra opción que entregarle su celular; por lo que se cumple con este elemento.

32.7. El daño producido: En el presente caso, se ha producido un daño patrimonial, no obstante el celular fue recuperado. Del mismo modo se ha producido un daño extrapatrimonial, como lo es no solo la afectación psicológica que produjo por la sustracción; por lo que se supera este elemento de responsabilidad extracontractual y habiéndose probado que la conducta del acusado ha causado agravio a la víctima y merece un resarcimiento, pero debe ser reducido en la medida que el Ministerio Público no ha justificado su pedido.

32.8. Por lo antes expuesto, este colegiado considera que S/ 500.00 SOLES es un monto proporcional al daño que la acción desplegada por el acusado ha generado en el agraviado, la misma que debe ser presentada mediante Depósito Judicial en ejecución de sentencia.

33. COSTAS

En relación a las costas a imponer en esta instancia, el artículo 497.5 del CPP ha establecido que no procede la imposición de costas en los procesos inmediatos. En tal sentido, el acusado queda exento de las mismas.

34. EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA

Que, “La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.”, tal como prescribe en el artículo 402(1) del Código Procesal Penal.

III. PARTE RESOLUTIVA

En consecuencia, habiéndose deliberado y evaluando las cuestiones relativas a la existencia del hecho y circunstancias, calificación legal de los supuestos fácticos con la premisa normativa, los supuestos respecto a la pena y la reparación civil así como respecto de la responsabilidad penal de los acusados, bajo las reglas de la lógica y de la sana crítica, impartiendo justicia a nombre de la Nación, el Juzgado Penal Colegido de Procesos Inmediatos de la Corte Superior de Justicia de Lima:

FALLA POR UNANIMIDAD

1. **ABSOLVER** al acusado **GLENN ISRAEL GOMEZ PEREZ**, en calidad de autor del delito de **Robo Agravado en grado de tentativa** (previsto en el artículo 188 - tipo base- y en su forma agravada prevista en el primer párrafo **inciso 7** del artículo 189 del Código Penal concordado con el artículo 16 de la norma sustantiva) en agravio de Marco Arturo Cutimbo Samaniego.
2. **CONDENAR** al acusado **GLENN ISRAEL GOMEZ PEREZ**, cuyas generales de ley se encuentran descritas en la parte introductoria de la sentencia, como **AUTOR** del delito de **Robo Agravado en grado de tentativa** (previsto en el artículo 188 - tipo base- y en su forma agravada prevista en el primer párrafo **inciso 3** del artículo 189 del Código Penal concordado con el artículo 16 de la norma sustantiva) en agravio de Marco Arturo Cutimbo Samaniego; a **CINCO AÑOS DE PENA**

PRIVATIVA DE LIBERTAD; la misma que computada desde su detención que data del veintisiete de enero del dos mil diecisiete vencerá el veintiséis de enero del dos mil veintidós, fecha en la cual será puesto en inmediata libertad, siempre y cuando no existe medida coercitiva en su contra o requisitoria pendiente; disponiéndose la ejecución provisional de la condena conforme lo señalado en el artículo 402.1 del Código Procesal Penal.

3. **ORDENAR** el internamiento del sentenciado en el Establecimiento Penitenciario que el INPE designe para el cumplimiento de la sentencia.
4. **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la pretensión civil solicitada por la Representante del Ministerio Público, en la suma de **QUINIENTOS SOLES**, por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** que el sentenciado deberá abonar a favor del agraviado en ejecución de sentencia, a través de depósitos judiciales.
5. **EXIMIR** al sentenciado del pago de costas del proceso;
6. **CONSENTIDA o EJECUTORIADA** que sea la sentencia, emítase los boletines y testimonio de condena para la anotación de los antecedentes generados y remítase al Juzgado de Investigación Preparatoria para ejecución.