

EL DELITO DE BANDA CRIMINAL

Sumilla. La pluralidad de agentes es uno de los elementos del delito de banda criminal; sin embargo, por sí sola no determina su configuración, siendo necesaria la reiteración de hechos ilícitos de delincuencia común y elementos que sin llegar a configurar criminalidad organizada, van más allá de la codelinuencia, según el Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CIJ-116.

Lima, veintidós de enero de dos mil veinte

VISTOS: los recursos de nulidad formulados por: **i)** el señor procurador público (folios mil nueve a mil quince, mil doscientos diez, mil doscientos veintitrés a mil doscientos veintiséis); **ii)** la defensa técnica del acusado don Gerald Daniel Sánchez Aliaga (folios mil doscientos veintinueve a mil doscientos treinta y cuatro); y **iii)** el señor abogado defensor del procesado don Luis Santiago Donaire Flores (folios mil doscientos diecisiete a mil doscientos veinte, mil doscientos treinta y siete a mil doscientos cuarenta y uno).

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

1. DECISIONES CUESTIONADAS

1.1. La sentencia conformada del dos de octubre de dos mil dieciocho (folios novecientos ochenta a novecientos ochenta y cuatro vuelta), emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, que condenó a don Luis Miguel Pillaca Yañez como autor de los delitos de robo agravado, en perjuicio doña Lourdes Rojas Paiva y de doña Gladys Camacho Huamán y de banda criminal, en agravio del Estado, y le impusieron dieciocho años de prisión, y fijó como monto por concepto de reparación civil en dos mil soles para cada una de las agraviadas y mil soles a favor del Estado, que deberá pagar en forma solidaria con sus coprocesados.

1.2. La sentencia del tres de enero de dos mil diecinueve (folios mil ciento ochenta y seis a mil doscientos tres), emitida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó a don Gerald Daniel Sánchez Aliaga y a don Luis Santiago Donaire Flores, como coautores de los delitos de robo agravado, en perjuicio de doña Lourdes Rojas Paiva y de doña Gladys Camacho Huamán y banda criminal, en agravio del Estado, y les impuso al primero de los acusados veinte años de prisión y al segundo veintiocho años de pena privativa de libertad, y fijaron como reparación civil dos mil soles que deberán abonar a favor de cada una de las agraviadas y mil soles a favor del Estado, que deberán pagar en forma solidaria con su coprocesado.

2. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

2.1. El señor procurador público, solicitó el aumento del monto de reparación civil impuesta a los acusados Pillaca Yáñez, Sánchez Aliaga y Donaire Flores en cuanto a la condena por el delito de banda criminal, bajo los siguientes argumentos:

2.1.1. El monto de reparación civil impuesta es ínfima, sin tomar en cuenta el bien jurídico protegido y sobre las bases de las consideraciones de índole social e institucional. Lo que irroga gastos económicos en las políticas de seguridad ciudadana, que pudo ser empleado para otros fines públicos.

2.1.2. La suma de mil soles no es proporcional con la pena impuesta, por ende debería aumentarse a veinte mil soles que deberán pagar en forma solidaria.

2.2. El señor abogado defensor del procesado Donaire Flores pidió que se revoque la condena y se absuelva a su defendido:

2.2.1. Se vulneró la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el debido proceso.

2.2.2. En la decisión cuestionada se advierte graves contradicciones, dado que los procesados fueron intervenidos en diferentes lugares. El interesado manifestó que debido al estado de drogadicción utilizó el arma de fuego, pero que no intervino en el hecho incriminado, por

ende, se configuraría únicamente el delito de tenencia ilegal de armas.

2.2.3. Las agraviadas no han podido identificar al procesado, puesto que usaban pasamontañas. El testigo don Lucas Édgar Paiva Mogrovejo refiere que perdió de vista el vehículo que trasladó a los asaltantes (*sic*).

2.2.4. En ese mismo sentido la abogada de oficio indicó que el procesado tuvo el arma de fuego para defenderse de la amenaza de muerte, dado que vivía en el Callao.

2.2.5. No existe ninguna prueba que acredite el delito de banda criminal, no hay informes de inteligencia que establezca que estos se hayan reunido para cometer delitos. Además, no hay otros procesos o denuncias por hechos similares.

2.3. El señor abogado defensor del procesado Sánchez Aliaga solicitó que se revoque la condena y se le absuelva a su patrocinado, al respecto indicó:

2.3.1. Las presuntas agraviadas y los efectivos policiales no reconocieron al acusado, además sus delaciones son contradictorias.

2.3.2. Según el acta de registro personal, el procesado fue hallado en poder de la mochila sustraída; empero, este no suscribió su conformidad. Y no se le encontró ningún objeto de la agraviada.

2.3.3. La relación de llamadas no acredita que se hubiera suscitado alguna coordinación previa entre su defendido y el coprocesado, dado que este último era conocido con el apelativo de "Pato Ciego" y en la lista de contactos se verificó uno con el sobrenombre de "Cua-cua".

2.3.4. No hay vídeo o peritaje forense, que precise que el sentenciado haya sido reconocido.

2.3.5. Resulta contradictorio que la agraviada refiriera que le sustrajeron once mil dólares estadounidenses y mediante el acta de recepción, le entregaron nueve mil dólares estadounidenses.

2.3.6. El grado de ejecución del delito de robo agravado fue tentado y no consumado. Menos aún se configura el delito de banda criminal.

3. SINOPSIS FÁCTICA DE LA IMPUTACIÓN

3.1. Del delito de robo agravado consumado

El veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, aproximadamente a las diecisiete horas con diez minutos, en las inmediaciones de la cuadra once de la avenida veintiocho de julio en el distrito de Miraflores, cuatro varones, que circulaban a bordo de un vehículo marca Kia modelo Rio, tres de ellos descendieron premunidos de armas de fuego y mediante amenaza despojaron a doña Gladys Camacho Huamán de su chaleco que utilizaba para el oficio de cambista y un bolso negro, el cual contenía en su interior once mil dólares estadounidenses y de cuatro mil setecientos cincuenta soles, mientras que a doña Lourdes Rojas Paiva le despojaron de un bolso de color negro que tenía en su interior tres mil soles y mil cuatrocientos cuarenta y seis dólares estadounidenses, cheques del Banco Scotiabank N.º 39342446, N.º 39342447, N.º 39342448, y N.º 39342346 por montos de veintiún mil con setecientos cuarenta soles, diecinueve mil con cuatrocientos soles, diecinueve mil con cuatrocientos soles y nueve mil dólares estadounidenses, respectivamente de propiedad de la empresa Aspiratek, un teléfono celular movistar número 985 388 354, un Documento de Identidad Nacional y un cuaderno de anotación e inmediatamente se dieron a la fuga. Seguidamente de producido el hecho, el esposo de la agraviada Camacho Huamán, don Lucas Édgar Paiva Mogrovejo, quien también trabaja como cambista, a bordo de su vehículo particular, persiguió a los procesados, en dirección a las avenidas Paseo de la República y Aramburú, al mismo tiempo a través de su teléfono celular solicitó apoyo a la central 105. Después de minutos de persecución logró alcanzar al vehículo de los intervinientes en las inmediaciones de las referidas avenidas, lugar donde tres de ellos descendieron, cargando mochilas, acción que fue advertido por el esposo de la agraviada, quien a su vez comunicó a los efectivos policiales motorizado de Diveme “Halcones” “Cobra” “Seguridad de Bancos” quienes ya se encontraban en el “Plan de operaciones cerco”, de esa forma se intervino a los procesados Pillaca Yañez, Sánchez Aliaga y Donaire Flores, este último, minutos antes de la intervención, realizó varios

disparos y el personal policial en su defensa hizo lo propio, desde la cuadra tres a la cuatro de la misma avenida, al rendirse arrojó la pistola marca Glook calibre 9mm corto, cal 380 con número de serie YFR602.

3.2. Sobre la banda criminal

Los indicados procesados en concierto de voluntades con otros individuos constituían una agrupación cuyo objeto sería realizar actos delincuenciales, específicamente el de robo, toda vez que conforme se apreció en la diligencia de visualización del teléfono celular del procesado Sánchez Aliaga se registró un video del ocho de noviembre de dos mil diecisiete, a las dieciséis horas, en la que se observaron imágenes del robo agravado por parte de tres varones, que usaban cascos, a bordo de motocicletas lineales, interceptaron a una persona que conducía una moto, le obstaculizaron el camino y uno de ellos premunido con arma de fuego lo redujo, obligándole a descender de su vehículo color rojo, e inmediatamente se llevaron dicha motocicleta. De esa manera, se infiere que dichos procesados se encuentran abastecidos de armas de fuego y vehículos para la comisión de actos delincuenciales, pues dichos objetos también fueron empleados para la ejecución del asalto a las cambistas en Miraflores.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Mediante Dictamen N.º 360-MP-FN-SFSP (folios sesenta y siete a noventa y cinco del cuadernillo formado en esta instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se declare: **i)** No haber nulidad en la sentencia del tres de enero de dos mil diecinueve, en cuanto condenó a Donaire Flores y Sánchez Aliaga como coautores del delito de robo agravado consumado en perjuicio de Rojas Paiva y Camacho Huamán; **ii)** haber nulidad en la referida sentencia en cuanto condenó a los antes sentenciados como coautores del delito de banda criminal consumado en perjuicio del Estado y reformándola se les absuelva de la acusación fiscal por el indicado delito y agraviado; y, **iii)** haber nulidad en la sentencia del dos de octubre de dos mil dieciocho en cuanto condenó a Pillaca Yáñez como autor del delito de banda criminal, en

perjuicio del Estado; reformándola se le absuelva de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito y agraviado.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante SN)

En la Constitución

1.1. El inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve establece que es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

1.2. El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve precisa que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

En el Código Penal (en adelante CP)

1.3. El artículo dieciséis establece los alcances de la tentativa.

1.4. El artículo ciento ochenta y ocho 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

1.5. El artículo ciento ochenta y nueve establece las agravantes para el delito de robo, al sancionar 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, tres (a mano armada) y cuatro (concurso de dos o más personas).

1.6. El artículo trescientos diecisiete-B sanciona al que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo trescientos diecisiete, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimido con una pena

privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En el Código de Procedimientos Penales (en adelante C. de PP.)

1.7. El artículo ciento dos indica respecto al decomiso de bienes provenientes del delito, que el juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo número mil ciento cuatro, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

1.8. El artículo doscientos ochenta señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

1.9. El artículo doscientos ochenta y cinco 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.

1.10. Los incisos uno y dos del artículo trescientos establecen que esta Instancia Suprema mediante el recurso de nulidad puede reducir la pena y esta puede ser declarada aún para el sentenciado no recurrente por el principio de favorabilidad.

Acuerdos Plenarios considerados para el caso *submateria*

1.11. En el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, se establecieron los requisitos de sindicación del coencausado, testigo o agraviado, a

efecto de que sea ameritado como única prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

1.12. En los fundamentos veinte al veintidós del Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CJ-116, sobre organización y banda criminal se indicó que “la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal” y que la “figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a banda criminal, solo debe aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional”.

1.13. En el fundamento veintitrés del Acuerdo Plenario N.º 05-2008/CJ-116, sobre los alcances de la conclusión anticipada, se señala que la reducción como beneficio en la conformidad procesal es “un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal”.

SEGUNDO. ANÁLISIS DEL CASO

Sobre el delito de robo agravado

2.1. La defensa de los procesados Donaire Flores y Sánchez Aliaga, se encuentra orientada en desestimar las incriminaciones testimoniales y las intervenciones de los efectivos policiales.

2.2. Corresponde establecer que el sustento de la imputación penal contra el recurrente reside en la sindicación formulada por las agraviadas. Ello, nos sitúa en lo que en doctrina se denomina “declaración testifical de víctima”, correspondiendo, en tal virtud, remitirnos a los parámetros establecidos, como precedente vinculante, en el apartado uno punto once del SN, en cuanto a que, tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, posee entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, siendo las garantías de certeza, en torno a aquella, las siguientes:

(a) ausencia de incredibilidad subjetiva –ausencia de odio, resentimiento, enemistad u otras circunstancias entre agraviado e imputado–; (b) verosimilitud –coherencia y solidez de la declaración y su corroboración periférica–; y (c) persistencia en la incriminación.

2.3. En el examen de coherencia del relato, esto es, verosimilitud interna, subyace una versión de los hechos con referencias fácticas precisas que descartan un relato con datos manifiestamente inverosímiles y contrarios a la lógica. Así, las agraviadas indicaron:

2.3.1. Doña Gladys Camacho Huamán, en presencia de la señora fiscal, refirió que escuchó a su esposo gritar “cuidado”, y cuando volteó vio a tres varones bajar raudamente de un vehículo color plomo que portaban armas de fuego, usaban pasamontañas de lana color negro, uno de ellos la agarró del hombro y con el arma de fuego le apuntó en la cabeza, arrebatándole su chaleco, que contenía once mil dólares estadounidenses, cuatro mil setecientos cincuenta soles y sus dos teléfonos celulares; recuperó parte del dinero sustraído. Recuerda que los asaltantes vestían polo de color blanco el otro de color rojo, y el otro una polera y todos usaban pantalón jean. En su declaración ampliatoria refirió que el dinero entregado fue de mil seiscientos setenta y cinco dólares estadounidenses. En juicio oral indicó que su esposo siguió a los acusados y que ellos son los responsables del asalto en su agravio, dado que fueron hallados con sus pertenencias, y no recuperó todo lo sustraído¹.

2.3.2. La agraviada doña Lourdes Rojas Paiva, en presencia de la señora fiscal refirió que su tío Édgar Paiva Mogrovejo le gritó “cuidado”, a pesar que corrió hacía el Banco de Crédito, fue alcanzada por uno de los asaltantes (que usaba un pasamontaña y portaba un arma de fuego), la intimidó y arrancó con fuerza su bolso de color negro, en cuyo interior tenía mil cuatrocientos cuarenta y seis dólares estadounidenses, más de tres mil soles, tres cheques del

¹ Véanse folios ciento veintiuno a ciento veinticuatro, ciento cuarenta y cuatro y siguiente y mil ochenta y uno y siguiente vuelta.

banco Scotiabank por un monto de veintiún mil setecientos cuarenta soles, diecinueve mil cuatrocientos soles y de nueve mil dólares estadounidenses de la empresa Aspiratek. En juicio oral, indicó que no recuperó lo sustraído y que a una de las personas intervenidas lo conocen como "Pato Ciego"².

2.4. En lo atinente a la verosimilitud externa, trascienden corroboraciones periféricas, concomitantes y plurales, cuya estimación conjunta, solventa la convicción de verosimilitud de la atribución criminal efectuada a los acusados.

2.5. A tal efecto, se evidencia:

2.5.1. Prueba personal, la declaración testimonial de:

2.5.1.1. Don Lucas Édgar Paiva Mogrovejo, en presencia del señor fiscal, refirió que luego de ver el asalto en perjuicio de su cónyuge, siguió a los asaltantes a bordo de su vehículo particular, los perdió de vista por unos minutos; no obstante, inmediatamente volvió a encontrarlos, pidió ayuda a la policía y se logró la intervención de los procesados, a quienes los reconoció plenamente, aclaró que si bien los acusados tenían pasamontañas cuando asaltaron a su esposa y sobrina, al huir con lo sustraído se lo retiraron y pudo identificarlos plenamente³.

2.5.1.2. Don Gino Paolo Olivera Altamirano, en presencia de la señora fiscal, indicó que el día de los hechos le avisaron a través de la radio 105 que ocurrió un asalto a unas cambistas, en ese momento encontró a un colega vestido de civil a bordo de un vehículo y le informó que los asaltantes descendieron y caminaron juntos en dirección a la vía Expresa; encontraron al acusado Donaire Flores, quien realizó disparos a fin de evitar ser detenido; no obstante, fue reducido, y se le halló portando una pistola marca Glock 25 con una cacerina abastecida de municiones. En juicio oral reconoció plenamente al procesado Sánchez Aliaga y afirmó que vio disparar a

² Véanse los folios ciento diecisiete a ciento veinte y mil ochenta y siguiente.

³ Véanse los folios ciento veinticinco y siguiente y mil ochenta y tres y siguiente.

“Pato Ciego” (Donaire Flores); no obstante, junto con su colega lograron intervenirlo⁴.

2.5.1.3. Don Diego José Luis Chávez Florian, en presencia de la señora fiscal, señaló que junto a su colega Olivera Altamirano intervinieron al procesado Donaire Flores, quien arrojó el arma de fuego debajo de un vehículo estacionado segundos antes de ser intervenido. En juicio oral refirió que el indicado acusado alias “Pato Ciego” se rindió luego del intercambio de disparos⁵.

2.5.1.4. Don José Osvaldo Chapañan Llauce en presencia del señor fiscal, señaló que luego de una persecución logró intervenir al procesado Sánchez Aliaga, a quien se le halló: un arma de fuego marca CZ Browning, color dorado con la empuñadura color negro, provista de siete municiones sin percutir; dos celulares (de la agraviada) y dos fajos de dinero. Asimismo, señaló que Donaire Flores realizó disparos a fin de evitar su captura⁶.

2.5.1.5. Don Augusto Ccahua Zavala, en presencia del señor fiscal, indicó que Donaire Flores se enfrentó a los efectivos policiales y para ello efectuó disparos, al notar la superioridad de personal policial, optó por arrojar el arma de fuego y tirarse al suelo⁷.

2.5.1.6. Don Cali Lima Huarza, en presencia del señor fiscal, detalló las circunstancias de los hechos y resaltó que en toda la intervención estaba el señor testigo don Lucas Édgar Paiva Mogrovejo, quien fue la persona que les indicó hacía donde se dirigían los intervenidos, asimismo se ratificó en el acta de registro personal que suscribió⁸.

2.5.2. Además de dichas versiones inculpativas se encuentra corroborada (verosimilitud externa) con la **prueba documental**, que se encuentran en las siguientes actas:

⁴ Véanse los folios noventa y cinco a noventa y siete y mil ochenta y siete vuelta a mil ochenta y nueve.

⁵ Véanse los folios noventa y ocho a cien y mil ciento once vuelta a siguiente vuelta.

⁶ Véanse los folios ciento siete a ciento nueve.

⁷ Véanse los folios ciento diez a ciento doce.

⁸ Véanse los folios ciento trece a ciento catorce y mil ciento trece a siguiente.

2.5.2.1. Intervención policial, los efectivos policiales luego que fueron alertados a través de la línea central del 105, que en la cuadra once de la avenida veintiocho de julio del distrito de Miraflores, cuatro varones a bordo de un vehículo color plateado marca Kia, provistos de armas de fuego, asaltaron a dos cambistas, e inmediatamente se dieron a la fuga por las inmediaciones de Paseo de la República con Aramburú, por lo que se procedió a efectuar el plan cerco por las troncales principales y adyacentes, de esa forma se logró la intervención de los procesados, a Sánchez Aliaga se le encontró una mochila que contenía tres mil setecientos sesenta soles y dos mil quinientos setenta y cinco dólares estadounidenses y un arma de fuego marca CZ Browning con el número de serie erradicado calibre 9mm corto con municiones, color dorado con empuñadura de baquelita color negro, con una cacerina abastecida de siete municiones. A Pillaca Yañez en la calle Manuel G. Olachea frontis de la cochera del edificio que pertenece a la comunidad andina de la Policía Nacional del Perú, donde el antes mencionado arrojó debajo de un vehículo marca Volkswagen, una mochila que contenía un arma de fuego tipo pistola marca Glock, modelo 25, calibre 380, automática con número de serie UAC846 con una cacerina abastecida de ocho municiones sin percutir, una pasamontañas de color negro y un guante de color negro y a Donaire Flores, luego de realizar varios disparos, se le halló en el bolsillo delantero derecho del pantalón jean azul siete municiones calibre 380, además arrojó un arma de fuego pistola marca Glock 9mm corto calibre 380 con número de serie YFR602, con una cacerina abastecida de 10 municiones⁹.

2.5.2.2. Registro personal de comiso de droga e incautación, del sentenciado Donaire Flores, se le halló en el bolsillo derecho delantero del pantalón jean color azul, siete municiones calibre 380 auto sin percutir. Asimismo se hizo la precisión que el procesado arrojó un arma de fuego debajo de un vehículo¹⁰.

⁹ Véanse los folios cuarenta y cuatro a cuarenta y seis.

¹⁰ Véanse folio cuarenta y siete.

2.5.2.3. Registro personal comiso de drogas e incautación de especies, del acusado Sánchez Aliaga, se halló en poder de un arma de fuego de marca CZ-Browning con número de serie erradicado (limado) con cacerina abastecida con siete municiones y una en la recámara (*sic*). En una mochila de color negro, que contenía en su interior: nueve billetes de cien dólares estadounidenses; dos billetes de cincuenta dólares estadounidenses; cinco billetes de diez dólares estadounidenses; dos billetes de cinco dólares estadounidenses; un billete de dos dólares estadounidenses; trece billetes de un dólar estadounidense; trece billetes de cien soles; cuarenta billetes de cincuenta soles; dieciséis billetes de veinte soles y dieciséis billetes de diez soles. Además, tres teléfonos celulares, entre ellos, uno marca OWN modelo F-1020D con doble chip, y el otro marca LG color blanco con su respectiva batería¹¹. Ello queda corroborado con el acta de reconocimiento de teléfono celular practicado a la agraviada doña Gladys Camacho Huamán, en presencia del señor fiscal, donde indica que le sustrajeron dos celulares, uno de color negro marca OWN y otro LG color blanco¹².

2.5.2.4. Entrega de dinero, la agraviada y su esposo recibieron parte de lo sustraído. Asimismo los dos teléfonos celulares antes mencionados¹³.

2.5.2.5. Hallazgo y recojo, en la cuadra cuatro de la calle Manuel G. Olaechea, en el frontis de la cochera del edificio perteneciente a la comunidad andina, se halló debajo del vehículo automóvil marca Volkswagen color gris de placa C05-009, una mochila de lona, dentro de ella se encontró un arma de fuego, pistola marca Glock modelo 25 calibre 380 auto, N.º de serie UAC846, con una cacerina abastecida con ocho municiones sin percutir, un pasamontaña de lana color negro, un guante y gorro de tela color negro y una camisa de tela manga larga color azul. Se dejó constancia que el efectivo policial observó a un varón (señaló las características físicas y la vestimenta), e identificó a Pillaca Yáñez como la persona que arrojó

¹¹ Véanse los folios cuarenta y nueve a cuarenta nueve vuelta.

¹² Véanse los folios ochenta y cuatro a siguiente.

¹³ Véanse los folios ochenta y nueve a noventa y uno.

los indicados objetos, quien minutos antes había abordado un vehículo de servicio de taxi color amarillo de placa BOK-694¹⁴. En ese sentido, mediante el acta de reconocimiento físico, en presencia de la señora fiscal, el testigo don Miguel Ramírez Roncal, señaló que el indicado procesado le solicitó el servicio de taxi en las inmediaciones de la avenida Aramburú a media cuadra de la Vía Expresa (véase folio cincuenta y dos).

2.5.2.6. Hallazgo y recojo, en el pavimento del frontis de la calle Manuel Olaechea número cuatrocientos sesenta y nueve, debajo un vehículo color rojo se halló un arma de fuego tipo pistola marca Glock, calibre 380 con número de serie YFRG02, made in Austria, con una cacerina abastecida con diez municiones calibre 380 sin percutir, procediendo a su recojo, es de precisar que el efectivo policial interviniente indicó que vio a Donayre Flores arrojar el objeto en mención, y disparar contra el personal policial interviniente (véase folio cincuenta y uno).

2.5.2.7. Reconocimiento físico, en presencia de la señora fiscal, el testigo don Lucas Édgar Paiva Mogrovejo, en rueda de personas, reconoció plenamente al acusado Sánchez Aliaga, dado que descendió del vehículo marca Kia Rio color plateado, premunido de un arma de fuego, luego con otros varones encapuchados abordaron el vehículo y se dieron a la fuga, y los persiguió por toda la avenida Vía Expresa, luego fueron en dirección a la avenida República de Panamá, como había tráfico vehicular doblaron hacia la derecha, llegando hasta la sede de la Dirandro, donde tres de ellos descendieron, cargando mochilas, y corrieron hacia la avenida Paseo de la República, paralelamente se comunicó a través de su teléfono celular al 105, lo alcanzó a la altura del centro de la Comunidad Andina, y fue auxiliado por los motorizados de la Policía Nacional por la avenida Aramburú, y un policía de civil redujo al referido acusado, a quien se le halló dinero y dos celulares sustraídos a su cónyuge (véase folio cincuenta y nueve). En ese mismo sentido, reconoció al sentenciado Donaire Flores, como una de las personas

¹⁴ Véase el folio cincuenta.

que descendió del vehículo marca Kia Rio color plateado premunido de un arma de fuego y mediante violencia sustrajo las pertenencias de su cónyuge y sobrina, precisó que el indicado acusado arrojó el referido objeto al suelo y fue capturado inmediatamente por el efectivo policial (véanse folios sesenta y dos y siguiente).

2.5.2.8. Reconocimiento físico del testigo don Gino Paolo Olivera Altamirano, en presencia del señor fiscal, en rueda de personas reconoció plenamente a Donaire Flores, con quién junto a otro efectivo policial, se enfrentaron, produciéndose un intercambio de disparos, y luego el referido acusado arrojó el arma de fuego Glock con serie YFR602 con una cacerina abastecida de diez municiones (véase folio sesenta y ocho).

2.5.2.9. Reconocimiento físico, en presencia del señor fiscal, el efectivo policial don Diego José Luis Chávez Florian, reconoció plenamente al acusado Donaire Flores, como la persona que empezó a disparar a él y a su colega a fin de evitar su captura. Asimismo arrojó un arma de fuego Glock con serie YFR602 con una cacerina abastecida de diez municiones (véase folios setenta y uno).

2.5.2.10. Lectura de teléfono celular y visualización en presencia del señor fiscal, donde el acusado Sánchez Aliaga, reconoció que únicamente el teléfono celular de marca Samsung, modelo SJ, color blanco es de su propiedad, y aceptó su visualización, donde se encontró como contactos y llamadas a los alias "Chemo" "Cua-cua" y además un vídeo del dieciocho de noviembre de dos mil diecisiete donde se aprecia que Pillaca Yañez está durmiendo (véanse folios setenta y ocho a ochenta).

2.5.2.11. Lectura de teléfono celular y visualización del procesado Pillaca Yañez en presencia del señor fiscal, acepta la visualización del referido teléfono, y se registra como contactos a Gerald y a "Cua Cua", con este último se registran llamadas (véanse folios ochenta y uno a ochenta y tres).

2.5.3. De la prueba científica obra:

2.5.3.1. El Informe Pericial Balístico Forense N.º 3747-3755/2017, en la que los peritos concluyeron que la muestra uno corresponde a una pistola semiautomática calibre 380, auto 9mm tipo corto, marca Glock, modelo 25, fabricación austriaca, número de serie UAC846, en buen estado de conservación, normal funcionamiento, presenta características de haber sido empleada para producir disparos. La muestra dos, son ocho cartuchos para pistola calibre 380 auto 9mm tipo corto, marca CBC, fabricación Brasileira, en buen estado de conservación y normal funcionamiento (véanse los folios ciento setenta y siete a ciento setenta y ocho).

2.5.3.2. El Informe Pericial de Restos de Disparo por Arma de Fuego N.º 2539-2541/2017, concluye que el análisis de la muestra correspondiente a los tres procesados Pillaca Yañez, Donaire Flores y Sánchez Aliaga dieron resultado positivo para cationes de plomo, bario y antimonio compatibles con restos de disparo de arma de fuego (véanse los folio ciento setenta y nueve a siguiente).

2.5.3.3. El resultado de investigación criminalista, en el lugar de hechos: calle Manuel Gonzales Olaechea, cuadra cuatro en San Isidro se concluye que se produjo una intervención policial, con intercambio de proyectiles disparados por arma de fuego, lo que trajo como consecuencia afectaciones por impactos y orificios en vehículos y viviendas aledañas (véanse los folios ochocientos sesenta y cinco a ochocientos sesenta y nueve).

2.6. Respecto a la regla de la persistencia en la incriminación, trasciende que la declaración de las agraviadas y testigos, en términos de suficiencia y naturalidad, se muestra ausente de ambigüedades y contradicciones, denotando, más bien, ser de carácter uniforme y concreto, habiendo mantenido incólume la precisión de las circunstancias concomitantes al delito, determinándose la intervención del procesado a partir de la prueba antes analizada. Está dotada de corroboraciones periféricas que refuerzan su credibilidad.

2.7. En lo relativo a la presencia de móviles espurios, durante la investigación, y esencialmente en el juicio oral, no se han incorporado evidencias que permitan establecer que los cargos que le formularon las víctimas a los acusados, se encuentren motivados por el odio o rencor que esta haya concebido precedentemente al hecho denunciado. Es de enfatizar que los procesados no ha invocado la presencia de posibles móviles de animadversión a fin de inculparle la coautoría del robo agravado consumado. No es posible sostener que se trate de una imputación gratuita de las agraviadas, sin que exista un motivo que lo justifique. Visto ello así, se constata superada la presente garantía de certeza.

2.8. Sobre los agravios señalado por la defensa del acusado Donaire Flores, en razón a la afectación a la presunción de inocencia, ha quedado descartada dicha posibilidad con el cúmulo de medios de pruebas que corroboran su intervención en el hecho delictivo. En ese sentido, tampoco se afectó el debido proceso y principio de legalidad, dado que no es razonable y lógico dar por cierto que el acusado portaba el arma de fuego para defenderse de una amenaza de muerte y por ello debería condenársele por el delito de tenencia ilegal de armas.

2.9. En cuanto a lo alegado por el señor abogado del procesado Sánchez Aliaga, no es posible atender la exigencia de filmaciones de vídeo o fotografía del ilícito penal cuando hay abundancia probatoria que corrobora su intervención en el hecho delictivo. Asimismo, es de precisar que el delito de robo agravado fue consumado, dado a que las víctimas no recuperaron parte de lo sustraído.

2.10. En consecuencia, se generó un estado de convicción razonable respecto a la responsabilidad de los procesados. La prueba de cargo analizada, se constata suficiente para justificar la emisión de una sentencia condenatoria. Asimismo, el estándar probatorio estuvo determinado a partir de la declaración del “testigo-víctima”, conforme a la doctrina instituida en el acuerdo plenario

(ver apartado uno punto once del SN). A lo que se aúna, que entre la actividad probatoria desplegada, la naturaleza de las evidencias de cargo actuadas y valoradas, y la mala justificación, existe una conexión racional, precisa y directa, por ser esta última una inferencia categórica deducida de la sucesión de los hechos declarados probados, no existiendo una hipótesis alternativa al curso causal de los acontecimientos, que posibilite decantar en una conclusión diferente, por lo que se ha logrado enervar la presunción de inocencia de los procesados, habiéndose acreditado su responsabilidad penal; justificándose la condena dictada en su contra, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales. Por lo tanto, el recurso defensivo no puede prosperar.

En cuanto al delito de banda criminal

2.11. El artículo trescientos diecisiete guion B del Código Penal señala como delito de banda criminal la conducta de quien sin reunir alguna de las características de la organización criminal, tenga por finalidad la comisión de delitos concertadamente; en el fundamento veinte del acuerdo plenario del numeral uno punto doce del SN, se indicó que una banda criminal es una “estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal”, mientras que en el fundamento veintidós del mencionado acuerdo se indicó que dicho artículo “solo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional”.

2.12. El hecho constitutivo de banda criminal se sostiene en un video encontrado en el teléfono celular de uno de los procesados, en el que se observa que tres hombres con cascos a bordo de dos motocicletas, interceptaron a una persona que conducía una moto y uno de ellos lo obliga a entregar el vehículo.

2.13. En el apartado quinto de la sentencia, denominado “subsunción y análisis”, no se expresaron las razones para la tipificación de los hechos atribuidos como delito de banda criminal, esto es, no manifestaron el razonamiento para concluir que con el video que, según el titular de la acción penal, se establece la existencia de una banda criminal cuyos miembros son los procesados por el delito de robo.

2.14. Se colige del hecho considerado como banda criminal que tres personas con cascos en un lugar no determinado a bordo de dos motos lineales atacaron a un motorista no identificado para quitarle su vehículo; no se expresa en la sentencia cual fue el razonamiento del colegiado para llegar a la conclusión que las tres personas serían los procesados; y menos aún la presencia de los elementos que establece el artículo previsto en el numeral uno punto seis del SN para considerar la existencia de una banda criminal, como se precisó en el acuerdo plenario mencionado.

2.15. En consecuencia, no es posible confirmar el extremo del delito de banda, puesto que no se identificó un hecho cierto de posible adecuación al tipo penal mencionado, esto es, un grupo que sin reunir las características de una organización criminal, tenga la finalidad de cometer delitos, el único razonamiento que englobó las dos calificaciones del juzgador fue la sustracción acreditada plenamente. En consecuencia, corresponde declarar que los hechos únicamente son constitutivos del delito de robo agravado consumado y no de banda criminal.

2.16. Para mayor explicación, el presente cuadro permite identificar la diferenciación entre organización criminal, banda criminal y codelincuencia:

Importantes alcances según el Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CIJ-116		
Organización criminal	Banda criminal	Pluralidad de agentes
<p>Mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado. La existencia de un proyecto criminal de tales características, determina además, la necesaria continuidad operativa de esta modalidad de organizaciones criminales y su permanencia en el tiempo. (Fundamento jurídico dieciocho).</p>	<p>Es también una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la posee una organización criminal y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la "delincuencia común urbana". En ese sentido, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues una organización criminal "productiva" sino simplemente "de despojo mayormente artesanal y violenta". Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. (Fundamento jurídico veinte).</p>	<p>Codelicuencia: los que cometen conjuntamente en el hecho punible. Cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no existe adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo, etcétera, respectivamente con la concurrencia de la agravante específica o genérica. También para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como "pluralidad de agentes" para ejecutar conjuntamente el delito cometido. (Fundamento jurídico veinticinco).</p>

2.17. Ante tal situación no corresponde la absolución por banda criminal, puesto que no es posible declarar la falta de responsabilidad de los procesados por un hecho incierto, ideal o una inferencia del acusador¹⁵. Aunado a ello, lo que también ocurrió es que la tipificación es inadecuada porque la pluralidad de agentes fue incorrectamente entendida como banda criminal.

Determinación de la pena

2.18. Considerando que la pena impuesta por el juzgador a los procesados incluye la punición por el delito de banda criminal, es preciso extraer esta última sanción para que únicamente cumplan la dimensión punitiva por el delito de robo agravado, como se

¹⁵ Con el Código de Procedimientos Penales, las posibilidades de absolución están circunscritas a la inexistencia del suceso, la irresponsabilidad del presunto agente o la ausencia de las pruebas suficientes. Tales supuestos no se presentan, por cuanto la Sala Superior ha inferido erróneamente la existencia del delito de banda criminal.

establece en el inciso uno, del artículo trescientos, del C de PP que habilita a esta Instancia Suprema a reducir la pena, y en razón al principio de favorabilidad, dicha situación le es aplicable al procesado no recurrente Pillaca Yáñez, como se indica en el inciso dos del artículo mencionado.

2.19. Las sanciones impuestas a los procesados en primera instancia se reflejan en el siguiente cuadro:

SENTENCIA Y SENTENCIA CONFORMADA		
SENTENCIADO	PENA POR ROBO	PENA POR BANDA CRIMINAL
Donayre Flores ¹⁶	20 años	8 años y 365 días-multa
Sánchez Aliaga ¹⁷	14 años y 8 meses	5 años y 4 meses y 365 días-multa
Pillaca Yáñez ¹⁸	14 años	4 años y 180 días-multa

2.19.1. Los señores magistrados del Colegiado Superior impusieron al procesado Donayre Flores veintiocho años de prisión, al considerar que durante el juicio, el acusado aseveró que fue condenado por el delito de homicidio simple, pero que había impugnado dicha decisión, además que tenía otros procesos abiertos por la presunta comisión de hasta tres delitos de homicidio; sin embargo, manifestaron que no contaba con antecedentes penales, por tanto, son hechos que no podían ser evaluados como reincidencia. Por otra parte, no se explicó porque los antecedentes judiciales del indicado procesado deben ser tenidos en cuenta para la imposición de la sanción en su extremo máximo, por lo que su dimensión no estaba justificada.

2.19.2. En el caso del procesado Sánchez Aliaga, se expresó en la sentencia que registra antecedentes por faltas contra el patrimonio, por lo tanto, tampoco contaba con antecedentes que pudieran considerarse computables para definir punición mayor.

¹⁶ Véase el folio mil doscientos dos.

¹⁷ Véase el folio mil doscientos uno vuelta.

¹⁸ Véase el folio novecientos ochenta y tres vuelta.

2.19.3. Finalmente, al procesado Pillaca Yáñez se le impuso catorce años de prisión por el delito de robo agravado, sin expresarse como es que debía operar la reducción que le correspondía por conformidad procesal, lo que se debe corregir en esta Suprema Instancia.

2.20. La sanción establecida en abstracto para el delito agravado de robo es privación de la libertad no menor de doce ni mayor a veinte años, por lo tanto, el margen para establecer la dimensión puede recorrer ambos extremos; sin embargo, debe existir un fundamento que evidencie que la elección del extremo mayor es adecuado para el caso concreto. Teniendo en cuenta que los tres procesados utilizaron armas de fuego, ello denota un hecho que va más allá del solo prevalimiento del efecto intimidante de dichos objetos; además, antes de ser detenido el procesado Donayre Flores, realizó disparos para evitar su captura. En consecuencia, la dimensión equilibrada no se encuentra en el extremo mínimo ni en el máximo del delito materia de proceso, siendo la cantidad adecuada catorce años y seis meses para los procesados Donayre Flores y Sánchez Aliaga y distinta para el condenado Pillaca Yáñez por la aceptación de los hechos; en su caso la pena a imponerse es catorce años de los cuales debe detraerse un séptimo como se establece en el acuerdo plenario referido en el numeral uno punto trece del SN, siendo la sanción concreta para él doce años de prisión.

2.21. En cuanto a la multa y la reparación civil por el delito de banda criminal, debe anularse dichos extremos por cuanto la adecuación típica nunca debió abarcar tal delito, puesto que más allá de la suposición de la señora fiscal que emitió la acusación, no se cuenta con un sustento que haga posible una punición por tal delito. Por tanto, carece de objeto pronunciarse por el recurso planteado por el señor Procurador Público.

De la incautación y el decomiso

2.22. Como se indica en el apartado uno punto siete del SN, se debe disponer el decomiso o pérdida de los instrumentos del delito como

consecuencia accesoria. En el presente caso, en la intervención suscitada, se incautaron¹⁹:

- Un arma de fuego tipo pistola marca Glock, Cal 380, con número de serie YFRG02, fabricada en Austria, con una cacerina abastecida con diez municiones cal 380.
- Un arma de fuego tipo pistola marca Glock, modelo 25, calibre 380, con número de serie UAC-346 y una cacerina abastecida con ocho municiones.
- Un arma de fuego de marca BROWNING, con el número de serie erradicado (limado) de color dorado con empuñadura de color negro abastecida con 7 municiones y 1 bala en la recámara.

En atención a ello, corresponde mandar la pérdida definitiva y comunicar a Sucamec sobre el decomiso de las armas indicadas para que disponga lo conveniente, conforme a su reglamento.

DECISIÓN

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

I. HABER NULIDAD en la sentencia del tres de enero de dos mil diecinueve, y por favorabilidad en la sentencia conformada del dos de octubre de dos mil dieciocho en cuanto a errónea la tipificación jurídica por delito de banda criminal; y, en consecuencia **DECLARAR** que los hechos imputados se adecuan únicamente al tipo penal de robo agravado consumado (incisos tres y cuatro, del artículo ciento ochenta y nueve, del CP, a mano armada y en concurso de dos o más personas).

¹⁹ Conforme las actas de intervención policial (folios cuarenta y cuatro a cuarenta y seis), registros personales (folios cuarenta y siete, cuarenta y nueve a cuarenta y nueve vuelta, ochenta y cuatro a siguiente), y hallazgos y recojo (folios cincuenta y cincuenta y uno).

II. NO HABER NULIDAD en la primera sentencia referida en cuanto condenó a los acusados don Luis Santiago Donaire Flores y don Gerald Daniel Sánchez Aliaga como coautores del delito de robo agravado consumado en perjuicio de doña Lourdes Rojas Paiva y doña Gladys Camacho Huamán.

III. NO HABER NULIDAD en la mencionada sentencia conformada en el extremo que condenó a don Luis Miguel Pillaca Yáñez como autor del delito de robo agravado consumado, en perjuicio de doña Lourdes Rojas Paiva y doña Gladys Camacho Huamán.

IV. DEJAR SIN EFECTO la imposición de las sanciones penales (pena privativa de libertad y multa) y de la reparación civil por la atribución a los tres sentenciados antes mencionados de la conducta del delito de banda criminal, que no se configuró.

V. En consecuencia, **HABER NULIDAD** en las dimensiones de las penas privativas de libertad fijadas a los acusados don Luis Santiago Donaire Flores y don Gerald Daniel Sánchez Aliaga y por extensión favorable al sentenciado don Luis Miguel Pillaca Yáñez; y como efecto, **FIJARLAS** de la siguiente manera:

- a) Para los acusados don Luis Santiago Donaire Flores y don Gerald Daniel Sánchez Aliaga, catorce años y seis meses de pena privativa de libertad, para cada uno. La cual vencerá, para ambos, el veintitrés de mayo de dos mil treinta y dos.
- b) Para el procesado don Luis Miguel Pillaca Yáñez, doce años de privación de libertad, la cual vencerá el veintitrés de noviembre de dos mil veintinueve.

VI. ESTABLECER como único monto de reparación civil el correspondiente al delito de robo agravado consumado, fijado en dos mil soles a favor de cada una de las agraviadas, que deberán abonar los indicados procesados para cada una de las mencionadas, sin perjuicio de devolverse los montos sustraídos.

VII. INTEGRAR a la sentencia recurrida, ordenándose el decomiso definitivo de las tres armas de fuego conforme el fundamento dos punto veintiuno de la presente ejecutoria suprema.

VIII. OFICIAR a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil, para que determine el destino final de las armas de fuego en la presente causa.

IX. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene. Hágase saber, y los devolvieron.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

JS/blv