



**ROBO CON AGRAVANTES: MANO ARMADA Y DURANTE LA NOCHE**

1. De acuerdo con el Acuerdo Plenario 5-2015/CJ-116, el sentido interpretativo del término “a mano armada” como agravante específica de este delito, en relación con las armas en general y las armas de fuego en particular, **abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional**, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, **produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima**, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.

2. En la agravante específica “durante la noche”, no se puede confundir las horas de la noche –aspecto cronológico- con una situación de oscuridad en sentido estricto del lugar de los hechos –aspecto funcional-. El agente debe aprovecharse de la nocturnidad del lugar para robar –constituye un medio facilitador-. Por tanto, esta agravante exige la **concurrencia copulativa dos aspectos: Lo cronológico y lo funcional**; es decir, por un lado, que estemos en alguna hora de la noche y, además, que el lugar de los hechos no se encuentre iluminado, siendo esta oscuridad capaz de coadyuvar al agente para la comisión del delito de robo.

Lima, doce de junio de dos mil veinticinco

**VISTO:** el recurso de nulidad interpuesto por **Jayson Junior Dayviz Rivera Medina** contra la sentencia del 3 de octubre de 2024 (foja 415), expedida por la Novena Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha resolución, se condenó al citado encausado por el delito de robo con agravantes, en perjuicio de Kevin André Aguirre Velasco y Mabel Alejandra Pinto Pereyra. Como consecuencia, le impusieron diez años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 800,00 el monto que, por concepto de reparación civil, el condenado deberá abonar a favor de cada agraviado; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **Vásquez Vargas**.

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO**

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios de aquel ordenamiento procesal<sup>1</sup>. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto

<sup>1</sup> Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.



procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

## **SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA**

### **2.1. HECHOS**

Conforme con el Requerimiento Acusatorio 619-2022 (foja 250) y el Dictamen Aclaratorio 730-2023 (foja 273), los cargos contra los recurrentes consisten en:

Se imputa a los procesados Víctor Felipe Quispe Velarde (reo contumaz) y Jayson Junior Dayviz Rivera Medina (recurrente), en compañía de otro sujeto no identificado, haber sustraído mediante amenaza, el teléfono celular del agraviado Kevin André Aguirre Velazco y la cartera de la agraviada Mabel Alejandra Pinto Pereyra. Hechos suscitados el 27 de julio de 2019, en horas de la noche (20:00 horas, aproximadamente), en circunstancias que los agraviados se encontraban transitando por inmediaciones de intersección de la calle Doña Edelmira con Doña Nora en Santiago de Surco, cuando fueron interceptados por los tres sujetos, siendo que el recurrente provisto de un arma de fuego apuntó a los agraviados diciéndole: "Dame todo lo que tengas, ya perdiste", mientras los otros dos sujetos empezaron a rebuscar las pertenencias de las víctimas, sustrayéndole al agraviado su teléfono celular, mientras que a la agraviada le sustrajeron su cartera que contenía su teléfono celular y documentos personales, para finalmente darse a la fuga. Sin embargo, los agraviados lograron solicitar apoyo a efectivos policiales que se encontraban por inmediaciones del lugar de los hechos, quienes lograron intervenir a los procesados, llevándolos a la dependencia policial para las investigaciones respectivas.

### **2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA**

Este hecho fue subsumido como delito de robo con agravantes, previsto en el artículo 188, en concordancia con los incisos 2, 3 y 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal (bajo los alcances de la Ley 30076).

#### **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 [...].

#### **Artículo 189. Robo agravado**

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

[...] **2.** Durante la noche.

**3.** A mano armada.

**4.** Concurso de dos o más personas.

## **TERCERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El encausado Rivera Medina, al fundamentar su recurso de nulidad (foja 431), no cuestiona su participación en el hecho imputado, pero sí realiza las siguientes objeciones:



**3.1.** La Sala superior no cumplió con pronunciarse sobre los puntos controvertidos alegados en las conclusiones escritas de esta defensa técnica, conforme así lo exige el segundo párrafo del artículo 277 del C de PP.

**3.2.** La sentencia carece de motivación, en lo que respecta al *iter criminis* en que quedó el presente delito.

**3.3.** También se infringió el derecho al debido proceso, pues la Sala no aplicó de manera correcta los criterios legales establecidos para la determinación judicial de la pena y para el otorgamiento del beneficio de la suspensión de la ejecución de la misma; ya que no tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 45 del Código Penal. En consecuencia, el *quantum* punitivo impuesto no resulta razonable, proporcional ni responde a la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena.

**3.4.** El monto fijado pro reparación civil tampoco se encuentra prudencialmente graduado ni acorde con los principios de proporcionalidad y del daño causado.

#### **CUARTO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO**

**4.1.** Es pertinente establecer que este supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el recurso de nulidad, de acuerdo con lo descrito en el numeral 1 del artículo 300 del C de PP<sup>2</sup> (principio conocido como *tantum devolutum, quantum appellatum*), teniendo en cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión está delimitada, objetiva y subjetivamente, solo por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

**4.2.** En ese sentido, en concreto, el recurrente no cuestionó su participación delictiva en este ilícito atribuido; por lo que la responsabilidad penal no está en controversia. Los agravios expuestos están referidos estrictamente a la calificación jurídica (cuestiona dos de las tres agravantes imputadas y el verbo rector

---

<sup>2</sup> "Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación".



“amenaza”), el *iter criminis* y las consecuencias jurídicas de carácter penal y civil (*quantum* de pena privativa de libertad y el monto fijado por reparación civil, respectivamente).

**4.3.** En cuanto al primer agravio, indicó que la Sala superior no se pronunció sobre los puntos controvertidos que planteó en sus conclusiones escritas. Al respecto, es importante primero remitirnos a ese escrito para identificar cuáles fueron los argumentos de defensa planteados.

El recurrente, con fecha 26 de setiembre de 2024 (foja 410), presentó un escrito donde planteaba sus conclusiones. Estas son:

i) Cuestionó la calificación jurídica de los hechos, afirmó que de las tres agravantes específicas imputadas, únicamente se configura la “pluralidad de agentes”, mas no las agravantes “durante la noche” ni “a mano armada”. Asimismo, refirió que no está probado el verbo rector “actos de amenaza”, ya que el agraviado no precisó de qué manera se produjo esos actos.

Al respecto, de la sentencia cuestionada se aprecia que la Sala en los considerandos tercero, cuarto y quinto, sí se pronunció sobre este extremo de la conclusión del recurrente; invocando las razones jurídicas suficientes para sustentar la razón del porqué sí se configuran las agravantes específicas cuestionadas y el “acto de amenaza”.

Adicionalmente, esta Corte Suprema también comparte esa hipótesis de la Sala superior. En cuanto a la agravante “**durante la noche**”, prevista en el inciso 2 del primer párrafo del artículo 189 del CP, se debe indicar que el fiscal le atribuyó esa circunstancia porque el delito se cometió a las 20:00 horas, aproximadamente. Sin embargo, la defensa técnica propuso como uno de los objetos de debate (y como agravio en este recurso), que no existe medio de prueba que demuestre que en ese momento el lugar haya estado sin iluminación, por lo que no se configura esa agravante específica por el simple aspecto cronológico.

Sobre este planteamiento, en el Recurso de Nulidad 2015-2011/Lima se señaló que **la agravante durante la noche debe ser entendida en su**



**sentido funcional:** que la oscuridad producto de la noche coadyuve (sea un medio facilitador) para la comisión del delito realizado por el agente.

De esta manera, **no se pueden confundir las horas de la noche (aspecto cronológico) con una situación de oscuridad en sentido estricto del lugar de los hechos (aspecto funcional)**. Es así que el agente del delito debe aprovechar la nocturnidad del lugar para robar; esto es, que **la oscuridad de la noche en el lugar debe constituir un medio facilitador del plan delictivo del sujeto activo de este delito**. De ahí que resulte razonable que esta situación fáctica constituya una agravante específica del delito de robo, pues su concurrencia en los hechos (como medio facilitador) va a incrementar la antijuricidad del ilícito, calificándola con mayor reproche.

En puridad, para que se configure esta circunstancia agravante específica, deben **concurrir de manera copulativa dos aspectos: lo cronológico y lo funcional**; es decir, que **estemos en alguna hora de la noche y, además, que el lugar de los hechos no se encuentre iluminado, y que sea esta oscuridad capaz de coadyuvar al agente para la comisión del delito de robo**.

En ese orden de ideas, se tiene la declaración del agraviado Kevin Aguirre y del efectivo policial Hugo Retto Tafur, quienes en el juicio oral, de manera coincidente precisaron que el lugar donde se cometió el evento delictivo era de poca iluminación. Por tanto, no es cierto lo alegado por el recurrente respecto a que el lugar sí era iluminado, no existiendo pruebas que corroboren ese argumento de defensa y es solo un dicho. En consecuencia, con esas pruebas personales citadas, se acredita que sí concurre el aspecto cronológico (20:00 horas) y el aspecto funcional (poca iluminación del lugar de los hechos, permitiendo que se facilite con efectividad el robo), dando por demostrado esta agravante específica.

Respecto a la agravante específica **“a mano armada”**, el recurrente sostuvo que la Fiscalía en sus conclusiones afirmó que el arma de fuego utilizada fue de juguete, y por ello no se configura la agravante. A propósito, en la requisitoria oral sustentada en sesión de audiencia de foja 406, la Fiscalía en ningún momento sostiene esa cualidad del arma



de fuego utilizada en el evento delictivo, refirió que el recurrente sacó un arma de fuego y con eso amenazó a los agraviados, pero no dice que fue de juguete, como sostuvo la defensa técnica.

Además, es importante precisar que si fuese cierto que el arma de fuego utilizado por este fue de juguete, ello no es óbice para atribuir esa agravante específica; conforme así lo estableció el Acuerdo Plenario 5-2015/CJ-116:

El sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3 del Código Penal, en relación con las armas en general y las armas de fuego en particular, **abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional,** al no ser sencillamente distinguible de las auténticas produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo (ver fundamento jurídico 17; la negrita es nuestra).

Esto significa que un arma de fuego de juguete también tiene la capacidad para intimidar a los agraviados y así permitir anular cualquier acto de oposición al plan criminal de sustraerle sus pertenencias; con lo que también configuraría la agravante específica de "a mano armada".

En el presente caso, no se ha demostrado que el arma de fuego fue de juguete, ni en la imputación fiscal se alegó esa condición del arma utilizada. Lo que sí es cierto es que los agraviados durante todo el proceso manifestaron que en el evento delictivo uno de los sujetos estaba provisto con un arma de fuego y los amenazó apuntándoles, procediendo a dejarse quitar sus pertenencias por parte de los otros dos sujetos. Esta afirmación también fue corroborada por los efectivos policiales intervinientes Hugo Retto Tafur (foja 37 y en el juicio oral a foja 349), César Ibáñez Johanson (foja 173) y Freddy Janampa Mendoza (foja 34) –los testimonios de estos dos últimos ingresaron al debate oral mediante el glose de pieza a foja 402–, quienes de manera uniforme sostuvieron que los agraviados, al solicitarles auxilio, manifestaron haber sido víctimas de robo por tres sujetos que los amenazaron con un arma de fuego.

En consecuencia, si bien no se llegó a encontrar ese medio comisivo, lo cierto también es que uno de los sujetos huyó del lugar, quien pudo



haberse llevado esa arma, así como se llevó los objetos sustraídos (uno de estos objetos fue el celular del agraviado Kevin Aguirre, el cual fue devuelto momentos después por la enamorada del encausado Rivera Medina, conforme así se aprecia del Acta de recepción de foja 17); además, existen suficientes pruebas personales que corroboran esa situación fáctica; por lo que se estima que sí se configura la agravante de “a mano armada”. Y con ello también se da por acreditado el verbo rector “acto de amenaza”, pues los agraviados, especialmente Kevin Aguirre, ha detallado que fueron amenazados o intimidados con esa arma de fuego, lo que resulta coherente y razonable si consideramos la potencialidad del resultado lesivo que puede ocasionar este medio comisivo, si es que ellos hubiesen opuesto resistencia al plan criminal.

Al respecto, sobre la aptitud probatoria de la prueba personal sobre estos aspectos fácticos, es menester señalar lo que el Tribunal Constitucional estableció en la sentencia contenida en el Expediente 0198-2005-HC/TC (fundamento jurídico 2), que:

Aun cuando el derecho a la prueba constituye un elemento del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza el imputado, en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional (sana crítica). En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios, sin que estos tengan asignado un valor predeterminado (tarifa legal).

En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 estableció en su fundamento 7, que: “**La libre apreciación razonada de la prueba**, que es el sustento del artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, **reconoce al juez la potestad de otorgar el mismo valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen**”. Esto significa que en nuestro derecho interno y, especialmente, en el proceso penal, **no existe el sistema de prueba tasada o prueba plena**, pues la citada norma procesal determina la libertad del juzgador de apreciar todas las pruebas con criterio de conciencia y de manera razonable. Por tanto, si bien el Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba, esta debe ser llevada a cabo con base en una actividad probatoria concreta,



jurídicamente correcta y con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica.

En ese sentido, si bien no existe Acta de hallazgo del arma de fuego, es válido concluir que, en este caso concreto, ese medio comisivo ha quedado acreditado por prueba personal. Así, se tiene la propia declaración de los agraviados, la cual cumple con dicha finalidad probatoria, ya que está corroborada con los testimonios de los efectivos policiales antes detallados.

De esta manera, se puede verificar que sí está objetivamente demostrado el acto de amenaza (como elemento objetivo del delito de robo) por parte del recurrente, conjuntamente con sus coprocesados, contra los agraviados para despojarlos de sus pertenencias. Asimismo, también se comprobó la concurrencia de las dos agravantes específicas cuestionadas.

ii) Otra de sus conclusiones escritas fue que el delito quedó en grado de tentativa, ya que el teléfono celular del agraviado Kevin Aguirre fue recuperado. Al respecto, es importante remitirnos a la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A, en la cual se estableció doctrina legal sobre el *iter criminis*<sup>3</sup> del robo. Así, se determinó que:

[...] el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva, debe ser potencial; esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída.

Asimismo, determinó el siguiente principio jurisprudencial o precedente vinculante:

Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: **a)** si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo el autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; **b)** si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ*, y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, **c)** si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos, pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos (contenido en el fundamento jurídico 10).

<sup>3</sup> Locución latina que significa "grados de desarrollo del delito", siendo estas: actos preparatorios, tentativa y consumación.



Como se puede apreciar, uno de los criterios para establecer si estamos ante un delito consumado o tentado, es verificar la disponibilidad potencial del bien sustraído por parte del sujeto activo, la misma que puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. Entonces, si hubo posibilidad de disposición, aunque luego se detiene el autor, a pesar de que se recupere el íntegro del botín, ya estamos ante un delito de robo consumado. Este tipo de *inter criminis* se demuestra aún más si es que no se llega a recuperar el total de los bienes sustraídos.

En el presente caso, se tiene que de acuerdo con el Parte Policial S/N-2019 (foja 16) y Acta de recepción (foja 17), a la 1:30 horas de la madrugada del 28 de julio de 2019, esto es, después de cinco horas de cometido el evento delictivo, la señora Maricela Baquero Brendel (pareja del recurrente) entregó a los efectivos policiales el teléfono celular que le fue sustraído al agraviado Kevin Aguirre; y así también lo corrobora el propio encausado, quien a nivel preliminar, ante el fiscal y abogado defensor (foja 40), refirió que tomó conocimiento de que su pareja fue a la casa del sujeto identificado como Chato (quien también participó en el ilícito) para quitarle ese objeto y así dárselo a los policías para que se lo devuelvan a la víctima.

Por tanto, es evidente que, de acuerdo con el codominio del hecho y a la covoledad criminal, el recurrente y sus coprocesados sí tuvieron una disponibilidad potencial de aquel bien sustraído, ya que el tercer sujeto no identificado pudo escapar con el teléfono celular, no obstante luego fue devuelto por la pareja del recurrente cuando el delito atribuido ya se había consumado. En consecuencia, este cuestionamiento (que también fue postulado como agravio en este recurso) tampoco tiene sustento alguno.

Asimismo, no es cierto que la Sala no se haya pronunciado sobre ese objeto de controversia, pues de los considerandos séptimo al noveno de la sentencia cuestionada, se aprecia que sí se desarrolló el grado de consumación del ilícito, concluyendo válidamente que la tentativa fue superada, al haber existido una disponibilidad potencial del bien robado.



iii) Otra de las conclusiones escritas, fue que el encausado cuenta con un menor hijo, por lo que solicita que se le aplique la regla de reducción por bonificación procesal del **interés superior del niño**, establecida en el Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116.

Al respecto, el Recurso de Nulidad 761-2018/Apurímac, en su fundamento cuarto estableció que si bien el interés superior del niño constituye un motivo para disminuir la pena por debajo del mínimo legal, en tanto que la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege; lo cierto también es que no cualquier situación donde el encausado tenga un menor hijo, va a dar paso a este escenario donde se vaya a afectar este principio y, así, aplicar esa reducción punitiva, pues para ello es exigible que se acredite una real y efectiva afectación a la unidad familiar, esto es, que se está privando de su libertad a una persona (que además de culpable) es el único sustento o el único de quien depende su menor hijo.

En el presente caso, esta situación no fue acreditada por el procesado, quien únicamente se limitó a presentar documentos que acreditan la filiación con el menor, mas no que el procesado sea su único sustento y dependencia. Por tanto, no es aplicable la reducción punitiva por el principio convencional del interés superior del niño.

Asimismo, es menester precisar que este objeto de controversia también fue desarrollado por la Sala superior en los considerandos decimoprimeros al decimosegundo de la sentencia; por lo que es erróneo que el recurrente sostenga que la Sala no se pronunció sobre esta conclusión.

iv) La otra conclusión que invocó la Sala está referida a la aplicación de las reducciones punitivas previstas en el artículo 208-A del Código Penal, ya que, según su tesis, concurren las atenuantes de "arma de fuego simulada" y "el autor reparó el daño".

Al respecto, se debe indicar preliminarmente que el artículo 208-A fue incorporado al Código Penal el 22 de noviembre de 2023, mediante el Decreto Legislativo 1585. Este Decreto, según su *nomen iuris* y contenido



normativo, constituye una herramienta legislativa que estableció mecanismos jurídicos (modificaciones e incorporaciones innovadoras) para el deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios.

De ahí que, como parte de esa política estatal, se diseñó y elaboró ese nuevo dispositivo legal para ser incorporado al Código Penal, cuya descripción es la siguiente:

**Artículo 208-A. Formas atenuadas**

En cualquiera de los delitos contra el patrimonio, a excepción de los previstos en los artículos 189 (tercer párrafo), 200 (noveno párrafo) y 204 (numeral 10 del primer párrafo), siempre y cuando el agente no sea reincidente o habitual:

**1.** Si el valor del bien no sobrepasa el cinco por ciento de una unidad impositiva tributaria (UIT), o la violencia o amenaza infringida por el agente resultan mínimas o insignificantes, o para la ejecución del delito se emplean armas simuladas o inservibles, se disminuye a la pena concreta, por única vez, un sexto de la pena mínima establecida para el delito.

**2.** Si el autor o partícipe hubiere reparado espontáneamente el daño ocasionado o haya devuelto el bien en igual estado de conservación, al agravio se disminuye a la pena concreta, por única vez, un séptimo de la pena mínima establecida para el delito.

Como se puede ver, ese dispositivo legal, sin perjuicio de los evidentes errores en la técnica legislativa (ya que distorsiona y mezcla los conceptos de las reglas o categorías punitivas, en lo que se refiere a "atenuar", "disminuir" y "reducir"; cuya naturaleza jurídica, utilidad, función, oportunidad o eficacia son distintas, conforme así se planteó en el Acuerdo Plenario 1-2023/CJ-116; de esta manera, el legislador volvió a incurrir en un confuso lenguaje jurídico al referirse, en una misma norma, a esas reglas de aplicación judicial de la pena), tiene como función regular determinadas situaciones que se podrían dar en la comisión de algún delito contra el patrimonio (el valor del bien sustraído, la mínima magnitud de la violencia o amenaza infringida, la cualidad del arma usada y el arrepentimiento del agente reflejado en la reparación del daño o devolución del bien) y, como consecuencia de su concurrencia, se prevé un efecto positivo (para el encausado) en la dosificación de la pena.

En lo que respecta al presente caso, consideramos que no es aplicable esa norma, ya que, como se dijo anteriormente, el recurrente no acreditó que el arma de fuego utilizada se trató de un juguete o simulada, menos aún el fiscal señaló eso en su imputación fáctica. Solo resultó ser un argumento de defensa inverosímil del recurrente.



Asimismo, en lo que respecta a que el autor reparó el daño o devolvió el bien, estos supuestos legales del inciso 2 de ese dispositivo, no debe ser entendido de manera literal; es decir, como aquel hecho en donde se verifica que el agraviado recuperó sus pertenencias sustraídas o se le reparó el daño ocasionado. Esto va más allá de ese contexto favorable al agraviado. **Ese supuesto está referido a una conducta positiva del agente del delito, es decir, a un comportamiento espontáneo y de arrepentimiento en querer reparar el daño o devolverle voluntariamente al agraviado el bien sustraído luego de haber cometido el ilícito; además, ese objeto debe estar en igual estado de conservación.**

En ese sentido, de los actuados se aprecia que las circunstancias en que el agraviado recuperó su teléfono celular, no fue por una conducta positiva propia del encausado de haber decidido, de manera voluntaria, espontánea y con arrepentimiento, en querer reparar el daño o devolver esa pertenencia, sino que fue por la propia voluntad de una tercera persona de nombre Maricela Janeth Baquero Bendrel que logró recuperar ese teléfono celular horas después y llevárselo a los efectivos policiales, como así ya se explicó líneas arriba. A esto se debe sumar que el procesado incurrió en contradicción sobre esta situación, pues a nivel preliminar (con la presencia del fiscal y abogado defensor) señaló que fue su conviviente (cuando proporcionó el nombre de esa mujer en el registro de sus generales de ley) quien realizó esa gestión, pero en el juicio negó conocerla, esto es, negó conocer a la persona que devolvió el teléfono celular, dando a entender que esa devolución no lo realizó por su propia voluntad y espontánea.

En consecuencia, no se configura ninguno de esos supuestos previstos en el artículo 208-A del CP, no pudiendo reducir la pena por ese motivo.

**v)** Como última conclusión invocada, está referida a la aplicación del artículo 57 del Código Penal, esto es, que se le imponga una pena suspendida, según la nueva modificación del Decreto Legislativo 1585. Al respecto, la Sala superior también sustentó por qué no se le puede suspender la pena, y la razón es que estimó que la pena a imponérsele es



de 10 años, por lo que, según ese dispositivo legal, no se puede suspender la pena cuando el *quantum* es, a lo mucho, mayor de 8 años, y en el presente caso sí lo es.

En conclusión, la Sala sí se ha pronunciado por estos puntos controvertidos planteados por el recurrente en sus conclusiones escritas; además, se ha demostrado que no tienen sustento alguno esos argumentos de defensa.

**4.4.** Continuando con el desarrollo de los agravios descritos en el recurso de nulidad, se tiene que se cuestionó la sanción penal impuesta y, nuevamente, el *iter criminis* establecido por la Sala, pretendiendo con ello que se califique como tentativa el delito y se le imponga una pena menor.

En cuanto al *iter criminis*, ya hemos analizado en líneas precedentes que en el presente caso sí se consumó el ilícito, por lo que nos remitimos a esos fundamentos jurídicos. Ahora, sobre la sanción penal, al procesado se le impuso 10 años de pena privativa de libertad, esto es, por debajo del mínimo legal (12 años). Para ello, la Sala sustentó esa operación por la aplicación de una supuesta afectación al plazo razonable. Sin perjuicio de entrar a analizar si correspondía o no aplicar esa reducción por aquel motivo (teniendo en cuenta que el recurrente no cuestiona esa reducción), lo cierto también es que, en el presente caso, no existe otra razón legal (causal de disminución o reducción por bonificación procesal), que permita aún más reducir la pena impuesta. Tampoco se puede analizar si existe alguna razón que permita aumentarla, en observancia del principio de prohibición de reforma en peor, puesto que el representante del Ministerio Público no impugnó la sentencia.

Por esa razón, se debe mantener la pena impuesta; asimismo, es imposible aplicar la suspensión de la efectividad de esa sanción, ya que según la regulación del artículo 57 del Código Penal, no estamos ante una pena de 5 años, tampoco de 8 años como para aplicar la excepcionalidad de esa suspensión.

Si bien el procesado alegó que la Sala no tuvo en cuenta el artículo 45 del Código Penal, es pertinente traer a colación lo señalado por el jurista Prado Saldarriaga:



Los supuestos comprendidos en el artículo 45 del Código Penal, no son circunstancias, sino **criterios de fundamentación y determinación de la pena**. Esto es, constituyen enunciados o políticas de gestión de casos que operan como normas rectoras para orientar las decisiones del juez en casos extremos o excepcionales no regulados expresamente o regulados de modo limitado o deficiente, pero en los que aquel deberá adoptar decisiones vinculadas con la elección y aplicación de penas. Se trata, pues, de disposiciones que contienen un claro componente ideológico y no cumplen ninguna función operativa en el procedimiento judicial de dosificación de los castigos penales. [...] De allí que también constituye una práctica errada el consignarlos en toda sentencia como un fundamento jurídico o como una regla técnica que ayuda a construir o justificar un resultado punitivo. Sobre todo porque, como se ha mencionado, tales criterios de fundamentación y determinación de la pena no tienen la misma función, eficacia u operatividad práctica de las reglas contenidas en los artículos 45-A y 46<sup>4</sup>.

En ese sentido, este dispositivo legal no regula circunstancias atenuantes ni agravantes, ni mucho menos causales de disminución o incremento de punibilidad; por lo que los supuestos regulados en ese precepto no habilitan una atenuación, reducción ni disminución de la pena concreta parcial. Por tanto, carece de asidero esta objeción.

**4.5.** Por último, el recurrente también cuestionó la reparación civil. Afirmó que no resultó ser proporcional al daño causado. Al respecto, la Sala fijó en S/ 800,00 la reparación civil a favor de cada agraviado, esto es, un total de S/ 1600,00. Lo cual resulta razonable y proporcional si consideramos la forma como se cometió el delito y el medio comisivo (arma de fuego) que se utilizó para efectivizar la sustracción; habiéndose observado lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal. No obstante, la Sala no precisó claramente si este pago debería ser solidario o si cada procesado debía pagarlo, ya que en la fundamentación refiere que se está adoptando la pretensión del fiscal (este en su Dictamen de Integración de foja 273, aclaró que ese pago debía ser solidario entre los tres agentes del delito), pero al momento de la parte decisoria se limita a determinar que ese monto (S/ 800,00) deberá ser pagado por el condenado a cada agraviado.

Ante esa inconsistencia, es relevante realizar la aclaración sobre ello. Por tanto, considerando que el titular de la acción penal aclaró que su pretensión civil (de S/ 800,00 para cada agraviado) sería pagado de manera solidaria por los agentes del delito, entonces en virtud al principio acusatorio, ese pago fijado

---

<sup>4</sup> Ver en: *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Solución Editorial Ideas, 2018, pp. 194-195.



en la sentencia debe ser entendido como un pago solidario entre los tres sujetos, y no asumido únicamente por el recurrente.

### **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los jueces que integran la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

- I. Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del 3 de octubre de 2024 (foja 415), expedida por la Novena Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha resolución, se condenó a **Jayson Junior Dayviz Rivera Medina** por el delito de robo con agravantes, en perjuicio de Kevin André Aguirre Velasco y Mabel Alejandra Pinto Pereyra. Como consecuencia, le impusieron diez años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 800,00 el monto por reparación civil que deberá ser pagado a cada agraviado.
- II. **ACLARARON** que esa reparación civil deberá ser pagado de manera solidaria.
- III. **DISPONER** que se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la sala superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino el magistrado supremo León Velasco por impedimento de la jueza suprema Baca Cabrera.

**S. S.**

PRADO SALDARRIAGA

TERREL CRISPÍN

**VÁSQUEZ VARGAS**

BÁSCONES GÓMEZ VELÁSQUEZ

LEÓN VELASCO

VV/AWZA