



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1646-2018
LIMA**

NO HABER NULIDAD

Sumilla. Las pruebas que sustentan la sentencia condenatoria son válidas y generaron convicción sobre la responsabilidad penal del sentenciado (declaración primigenia corroborada, y las actas de hallazgo e intervención vehicular ratificadas en juicio oral), lo que autorizó revertir la inicial presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano. Asimismo, el extremo absolutorio está conforme a derecho pues no existen pruebas que sustenten la configuración típica del delito de banda criminal.

Lima, veinticuatro de setiembre de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del veintiuno de junio de dos mil dieciocho (foja 961), emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, por: **I. La defensa técnica del sentenciado JOSÉ ALBERTO CORTEZ VERDE**, en el extremo que lo condenó como autor de los delitos contra la tranquilidad pública, en la modalidad de marcaje o reglaje; y contra la seguridad pública en la modalidad de fabricación, comercialización, uso o porte de armas, en perjuicio de la sociedad; y, como tal, le impuso seis años de pena privativa de la libertad por cada delito, lo que da un total de doce años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene. **II. La fiscal adjunta JANY FILOMENA GIL CUEVA**, en el extremo que absolvió a José Alberto Cortez Verde y Yojairo Michael Arancibia Sevillano, de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de banda criminal, en perjuicio de la sociedad. **III. CÉSAR AUGUSTO ROMERO VALDEZ-PROCURADOR PÚBLICO**, en el extremo que absolvió al sentenciado José Alberto Cortez Verde, de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de banda criminal; asimismo, por el monto impuesto de 50 000 soles como concepto de reparación civil. De conformidad, en parte, con el dictamen del fiscal supremo. Oído el informe oral del abogado del sentenciado.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.



CONSIDERANDO

AGRAVIOS FORMULADOS EN LOS RECURSOS DE NULIDAD

PRIMERO. La defensa técnica del sentenciado **José Alberto Cortez Verde**, en su recurso de nulidad (fojas 996 y 1034), solicitó se declare haber nulidad de su condena por los delitos de tenencia ilegal de armas y marcaje o reglaje (en adelante marcaje). Señaló como agravios los siguientes:

1.1. La sentencia condenatoria adolece de una debida motivación en tanto se emitió condena sin que existan medios probatorios suficientes que demuestren la configuración de los dos delitos mencionados.

1.2. Se generaron diversas irregularidades en la investigación que no permiten generar certeza de la responsabilidad penal de su patrocinado. Entre ellos, no se identificó al presunto agraviado del delito de marcaje, no se realizaron las pericias dactilares en el arma Glock serie KAV-254, ni en el manuscrito, a efectos de demostrar la responsabilidad penal de su patrocinado por el delito de tenencia ilegal de armas y marcaje, respectivamente.

1.3. Se valoró un acta de entrevista personal que no contó con la presencia del fiscal; asimismo, existen las declaraciones contradictorias del personal policial respecto del arma de fuego antes detallada.

SEGUNDO. El procurador público, en su recurso de nulidad (foja 1022), solicitó que se declare haber nulidad en el extremo que absolvió al imputado José Alberto Cortez Verde de la acusación fiscal, en la cual se le imputó ser autor del delito de banda criminal; asimismo, por el monto impuesto de 50 000 soles como concepto de reparación civil. Señaló como agravios los siguientes:

2.1. El delito de banda criminal, materia de imputación fiscal, no puede ser subsumido en el delito de marcaje, pues se trata de tipos penales autónomos.



2.2. La reparación civil impuesta no se condice con la gravedad de los delitos cometidos (marcaje y banda criminal), por lo que en atención al daño inmaterial generado al Estado peruano, corresponde que el monto indemnizatorio sea de S/ 150,00 soles.

TERCERO. La fiscal adjunta en su recurso de nulidad (foja 1109), solicitó la nulidad de la sentencia en el extremo que absolvió a José Alberto Cortez Verde y Yojairo Michael Arancibia Sevillano de la acusación fiscal por el delito de banda criminal en agravio de la sociedad. Al respecto, señaló que existen medios probatorios que demuestran la configuración del referido, delito como son: el acta de apertura y verificación del teléfono celular N.º 956-285-820, atestado policial, la Nota Informativa N.º 482-2017-J1Q9-Z3, entre otros.

IMPUTACIÓN FÁCTICA

CUARTO. Conforme con la acusación fiscal escrita (foja 582), se imputó a José Alberto Cortez Verde, el delito de tenencia ilegal de armas, previsto en el artículo 279-G del CP, al haber tenido en posesión un arma de fuego (pistola marca Glock, número de serie KVA-254, encontrada debajo del asiento de la moto lineal que conducía) provista con siete municiones, sin contar con la respectiva autorización.

Asimismo, se le imputó el delito de marcaje, previsto en el primera párrafo, del artículo 317-A, del CP, concordado con el inciso 1, del segundo párrafo, de la citada norma a Cortez Verde y a su coacusado Yojairo Michael Arancibia Sevillano, por realizar labores de vigilancia y seguimiento a bordo de dos motos lineales a un cliente del Banco de Crédito del Perú, que iba a retirar una gran suma de dinero de la sucursal, ubicada en la avenida República de Chile, cuadra 2, en Lima. Por último, se imputó a los antes referidos el integrar una banda criminal –junto a otros sujetos desconocidos–dedicada a la comisión de



delitos, aprovechando su calidad de efectivos policiales; actos ilícitos que configuran el delito previsto en el artículo 317-B del CP.

Hechos que se develaron durante la intervención policial efectuada el 31 de mayo de 2017, a las 11:30 horas del día, por efectivos policiales de la División de Investigación Criminal, quienes tomaron conocimiento de que sujetos desconocidos se estarían reuniendo en inmediaciones de la avenida República de Chile, cuadra 2, en Lima, a la altura del Banco de Crédito del Perú, haciendo un seguimiento a un cliente de dicha entidad que retiraría una gran cantidad de dinero.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

QUINTO. La Tercera Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, mediante la sentencia del 21 de junio de 2018 (foja 961), absolvió a José Alberto Cortez Verde y a Yojairo Michael Arancibia Sevillano de la imputación fiscal por el delito de banda criminal; y condenó a José Alberto Cortez Verde como autor de los delitos de marcaje y tenencia ilegal de armas; y como tal le impuso una pena de seis años por cada delito; 180 días multa e inhabilitación; y fijó en cincuenta mil soles el monto de la reparación civil.

Como fundamentos de su decisión, en esencia, señaló que:

5.1. Tanto el delito de marcaje como el de banda criminal protegen un mismo bien jurídico; por lo que en aplicación del principio de consunción, el tipo penal de banda criminal se subsume en el de marcaje; por lo que correspondía la absolución de los imputados por el primer delito (f.j. 10.1).

5.2. Se probó el delito de marcaje por parte de José Alberto Cortez Verde, con las declaraciones de los testigos Reyes Palacios, Quispe Marca y Sandoval Villacorta, quienes refirieron que existía información confidencial referente a un delito de robo agravado que se iba a cometer, información contrastada con las



actas de apertura y verificación de teléfono celular del sentenciado, en las cuales se aprecia la comunicación entre este y Arancibia Sevillano que evidencia que ellos, en compañía de otras personas, tenían planeado vigilar a una persona que iba a retirar una cantidad fuerte de dinero (f.j. 10.2).

5.3. El delito de tenencia ilegal de armas está probado, pues las actas de registro vehicular y las declaraciones de los testigos demuestran, más allá de toda duda, que Cortez Verde tenía en posesión ilegal el arma marca Glock (f.j. 10.3).

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SEXTO. El tipo penal de banda criminal, previsto en nuestro ordenamiento en el artículo 317-A del CP, 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, tenga por finalidad u objeto la comisión de delitos concertadamente.

6.1. Este el tipo penal presupone la existencia de una estructura criminal de menor complejidad organizativa que la que existe en una organización criminal (previsto en el artículo 317 del CP¹) que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y característico; es decir, son actos propios de la delincuencia común. No es propio de una banda criminal tener una organización productiva, sino solo mantiene una estructura criminal de despojo, mayormente violento (robo, secuestro, etc.).

6.2. Es necesario precisar que las bandas criminales requieren de cierta permanencia en el tiempo que le brinde determinada estabilidad en la comisión

¹ **Artículo 317. Organización criminal**

El que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinadas a cometer delitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme con el artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 8 (...).



de delitos; de lo contrario, la comisión esporádica de delitos (sin estabilidad) solo configuraría un acuerdo criminal, y no el tipo penal de banda criminal. Así, cuando los hechos punibles como robo, secuestro, marcaje, etc., hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes de manera esporádica, sin que estos participantes tengan una adscripción o dependencia alguna a una organización criminal con relativa temporalidad, solo se sancionará por la comisión de los citados ilícitos.

SÉTIMO. Por otro lado, el delito de marcaje, sanciona al que para cometer o facilitar la comisión de un listado de delitos² acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos. Se debe considerar como una agravante la calidad de funcionario o servidor público.

El citado tipo penal es un claro ejemplo de la criminalización de actos preparatorios, donde el legislador sanciona determinadas acciones, previas a la comisión de un ilícito mayor (robo, secuestro, etc.). Es un tipo penal, eminentemente doloso.

OCTAVO. En principio, corresponde atender el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Cortez Verde, en el extremo de la sentencia condenatoria por los delitos de marcaje y tenencia ilegal de armas. Así, se debe tener presente que solo a través de la prueba válidamente actuada, el juez puede tomar conocimiento de lo sucedido y generarse convicción sobre la responsabilidad penal del procesado, la que debe ser construida por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano, conforme con la garantía prevista por el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política.

² previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del CP,



8.1. Se debe advertir que la imputación de los delitos de tenencia ilegal de armas y marcaje, por los que se condenó al sentenciado Cortez Verde, surge a partir de la intervención policial realizada por efectivos policiales de la DIVINROB-PNP, quienes se constituyeron a la cuadra 2 de la avenida República de Chile, con el fin de identificar y capturar a presuntos delincuentes que cometían delitos de robo en la modalidad de marca (Atestado N.º 214-17-DIRINCRI-PNP/DIVINROB-D1-EQ.2 a foja 1, y el acta der lacrado y visualización del video del operativo corriente a foja 66).

8.2. Respecto al delito de tenencia ilegal de armas³, se tiene que para su configuración se requiere probar que el sentenciado Cortez Verde tenía en su poder un arma sin autorización legal. En ese sentido, de la revisión de actuados se tiene el acta vehicular del 31 de mayo de 2017 (foja 46) elaborada en el lugar de los hechos por el efectivo policial Rower Reyes Palacios, en la cual precisó que debajo del asiento de la moto lineal marca Yamaha, de propiedad del sentenciado, se encontró un arma de fuego marca Glock con número de serie KVA-254, la cual se encontraba operativa (pericia balística a foja 122). La referida acta fue ratificada por la declaración del referido efectivo policial en presencia fiscal (foja 43) y a nivel de juicio oral (foja 922). Asimismo, se recibió la declaración de Alex Gonzales Castillo (foja 37), quien manifestó ser propietario de dicha arma; la que le fue hurtada en el año 2008.

Por lo referido, pese a la negativa sin sustento de reconocimiento de los hechos por parte del sentenciado, que desde un inicio (foja 19) manifestó no estar conforme con el acta de registro vehicular, este Tribunal Supremo comparte la valoración realizada por la Sala Superior, en el sentido de que se encuentra

³ Artículo 279-G. Fabricación, comercialización, uso o porte de armas

El que sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme con el inciso 6, del artículo 36, del Código Penal.



probado el delito de tenencia ilegal de arma, pues existen pruebas pertinentes y suficientes que lo demuestran.

Cabe precisar que por la comisión de este delito se impuso a Cortez Verde la pena mínima prevista en el tipo penal, es decir, seis años; la cual no fue recurrida por el Ministerio Público.

8.3. En cuanto al delito de marcaje, cuestionado por el sentenciado, se tiene de la revisión de autos lo siguiente:

a) El Acta de deslacrado y visualización de entrevista preliminar (foja 53) y el video de entrevista preliminar (foja 78), en la cual el sentenciado manifestó, en esencia, que es suboficial de la Policía Nacional del Perú. Su colega, el efectivo policial Arancibia (Yojairo Michael Arancibia Sevillano⁴) lo llamó el día de los hechos en horas de la mañana y le dijo que le tenía una chamba, llegando a admitir que se trataría de un robo, que recibiría a cambio un monto de dinero y estaba arrepentido. Con posterioridad, en la visualización del video en presencia del representante del Ministerio Público, el sentenciado refirió que el autor de los hechos era Arancibia; y negó tener conocimiento de que se trataba de actos ilícitos. Señaló que ciertas cosas que dijo en su entrevista preliminar son mentiras producto de la presión policial.

La versión inculpativa primigenia brindada por el sentenciado, se corroboró con el **Acta de apertura y verificación a teléfono celular incautado al sentenciado (foja 48)**, que cuenta con la presencia fiscal y la firma de aceptación del sentenciado, de cuyo contenido se advierte que el día de los hechos su teléfono de número 956-285-820 recibió un mensaje de texto del número 936-185-880 a las 09:07 a. m. que decía: "Chato, soy

⁴ Es pertinente advertir que existía una investigación previa a Yojairo Michael Arancibia Sevillano desde marzo de 2017, por la presunta comisión de ilícitos de robo (Nota Informativa N482-2017-J1Q9-Z3 a foja 133).



Arancibia"; posteriormente, a las 9:25 a. m. registra una llamada del mismo número.

Asimismo, se evidencia un historial de Whatsapp, entre los teléfonos de ambos acusados en momentos previos a la intervención policial, en el cual mediante jergas hacían referencia a actos de vigilancia que realizaban a una persona que iba a retirarse del banco.. Por ejemplo, se consigna:

936-185-880:	Esos csm tan.k.hagan tierra – ese negro
956-285-820:	creo que son chalecos de alguien.
936-185-880:	si p pero no se ve el tubo.
956-285-820:	y el cholo – ya entro – o nada
936-185-880:	si ya entró
956-285-820:	hace cuanto
936-185-880:	en cualquier momento sale
956-285-820:	entonces – lo seguimos weon.

A nivel de juicio oral, no supo dar respuesta a las preguntas sobre los mensajes incriminatorios que se evidenciaron en su historial de Whatsapp.

- b) En sus declaraciones posteriores (pericia psicológica a foja 117 y en juicio oral a foja 853)** volvió a referir que Arancibia lo llamó el día de los hechos, y a petición de este fue al lugar de los hechos porque creía que se trataba de un trabajo de seguridad y no un acto ilícito. Versión que resulta inverosímil dada su condición de efectivo policial, y que tiene por finalidad enervar los cargos imputados en su contra. Además, se considera que según las conclusiones de la referida pericia, que el sentenciado, con relación a los hechos, no muestra coherencia ideoafectiva, tiende a la mentira y a la manipulación de la información.
- c)** Un indicio adicional es el **Acta de Hallazgo (foja 47)** que cuenta con la firma del sentenciado, en la cual se describe el hallazgo de un papel arrugado con el croquis de las calles aledañas, lo que corrobora la versión incriminatoria.



NOVENO. Por lo referido y lo valorado por la Sala Superior, el delito de marcaje que se imputó al sentenciado ha sido debidamente probado. Asimismo, por la comisión de este delito se le impuso seis años de pena privativa de la libertad, siendo la mínima prevista para este delito, considerando su calidad de policía. Por tanto, al existir un concurso real con el delito de tenencia ilegal de armas, por el que se le impuso seis años de pena privativa de libertad, de conformidad con el artículo 50 del Código Penal, corresponde sumar las penas, lo que da un total de doce años.

DÉCIMO. En cuanto a los recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público y la Procuraduría en el extremo de la absolución por el delito de banda criminal, el razonamiento de la Sala Superior para absolver por el referido delito, no es correcto, pues en efecto puede existir un concurso real entre los delitos de marcaje y banda criminal; sin embargo, en dicho supuesto es necesario probar la relativa permanencia y pertenencia de sus integrantes. Pues, por el contrario, la comisión aislada de un delito solo configura una coautoría. En ese sentido, no se han actuado pruebas que acrediten la configuración del delito de banda criminal.

DECIMOPRIMERO. Por último, respecto al cuestionamiento formulado por la Procuraduría, en el extremo de la reparación civil impuesta a Cortez Verde, ascendente a 50 000,00 soles; el principal sustento es que a su consideración el sentenciado también sería responsable del delito de banda criminal; sin embargo, como se señaló, este delito no se encuentra probado. Por lo que no se justificaría la elevación de la reparación civil. Encontrando la impuesta proporcional al daño causado y a las condiciones personales del sentenciado.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1646-2018
LIMA**

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiuno de junio de dos mil dieciocho, emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Reos en Cárcel, de la Corte de Justicia de Lima, que absolvió a José Alberto Cortez Verde de la acusación fiscal como autor por el delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de banda criminal. Y, asimismo, lo condenó como autor de los delitos contra la tranquilidad pública en su modalidad de marcaje y reglaje; y contra la seguridad pública, en la modalidad de fabricación, comercialización, uso o porte de armas, en perjuicio de la sociedad, como tal le impuso seis años de pena privativa de la libertad por cada delito, lo que da un total de doce años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene, y los devolvieron.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia de la jueza suprema Barrios Alvarado.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA ESPINOZA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/scd