



Banda criminal. Robo agravado. Nulidad por incorrecta aplicación de agravante

I. No basta con la verificación matemática de la participación de una pluralidad de sujetos, el uso de violencia o la distribución de roles en el despliegue de un evento delictivo para concluir en la configuración de este tipo penal, pues estas son características que comparte con la codelinuencia, institución normativa reconocida y regulada por nuestro ordenamiento jurídico (artículo 23 del Código Penal). No obra en autos mayor actuación probatoria destinada a respaldar la tesis fiscal y establecer adscripción o dependencia alguna de los encausados a una banda criminal. La absolución dictada por el Colegiado Sentenciador se encuentra conforme a derecho.

II. Los argumentos impugnatorios expuestos por los sentenciados Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva cuestionan la verdad judicial que sirvió de sustento para emitir el fallo condenatorio en su contra en cuanto a su vinculación con los hechos probados. No obstante, de autos se verifica la presencia de prueba personal y documental plural y fiable que rebate los cuestionamientos formulados y permite concluir en su real participación. La completitud de la actuación probatoria desplegada y valorada de manera conjunta permite establecer, con grado de certeza, la participación de los sentenciados.

III. El deceso del agraviado no constituye un tipo penal independiente sino que forma parte de la fase de ejecución del delito de robo agravado, se circunscribe, en estricto, al despliegue de una conducta destinada a vencer su resistencia y materializar el apoderamiento por parte de los encausados, figura típica normada en el párrafo in fine del artículo 189 del Código Penal. La absolución dictada en este extremo no se encuentra adecuada a derecho; por lo que corresponde declarar su nulidad y ordenar el desarrollo de un nuevo juicio oral a cargo de otro Colegiado, que deberá aplicar los criterios desarrollados en la presente ejecutoria.

Lima, doce de abril de dos mil veintiuno

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la **representante del Ministerio Público**, por la **parte civil representada por la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de Orden Público del Ministerio del Interior**, por la **parte civil en representación del agraviado occiso José Luis Mario Inagaki Inagaki**, y por los encausados **Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva** contra la sentencia del quince de octubre de dos mil



diecinueve (foja 1961), emitida por la Cuarta Sala Penal Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que: **i.** absolvió a Jordan Kenyi Hernández Durand, José Luis Lazo Rondón, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva del delito contra la paz pública-banda criminal, en agravio del Estado; **ii.** absolvió a José Luis Lazo Rondón del delito contra el patrimonio-robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki; **iii.** absolvió a Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva del delito contra el patrimonio-robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki; y, **iv.** condenó a Jordan Kenyi Hernández Durand, como autor, y a Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva, como cómplices primarios, por el delito contra el patrimonio-robo agravado (artículo 188 con las agravantes contenidas en los incisos 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal), en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki, a veinte años de pena privativa de libertad, y fijó como reparación civil la suma de S/ 100 000 (cien mil soles), que deberán abonar en forma solidaria a favor de los deudos del agraviado occiso, sin perjuicio de la devolución de los bienes sustraídos. De conformidad en parte con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo Coaguila Chávez.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. La representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad del cuatro de noviembre de dos mil diecinueve (foja 2078), solicitó que se revoque la recurrida en todos sus extremos. Denunció la inadecuada valoración de los medios de prueba actuados, los que acreditan los hechos denunciados y la responsabilidad de los acusados. Puntualizó lo siguiente:



- 1.1.** Respecto a la modificación de la calificación jurídica del tipo penal de robo agravado con subsecuente muerte, por el de robo agravado con las agravantes previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal, se remite a lo desarrollado en el Acuerdo Plenario número 03-2009/CJ-116 y precisa que, en el caso, los disparos que conllevaron la muerte de la víctima, se produjeron cuanto el bien materia de sustracción (dinero) aún se encontraba dentro de la esfera de dominio de esta, los encausados no tuvieron disponibilidad potencial del bien, pues fueron perseguidos de inmediato por el agraviado. Justamente, para vencer la resistencia que oponía el agraviado, fueron realizados los disparos que condujeron a su muerte, por lo que el apoderamiento del dinero no se consumó hasta ese momento. Por tanto, la variación de la calificación jurídica y la remisión de copias certificadas de los actuados por el deceso del agraviado no se encuentran arregladas a ley, lo que genera una investigación independiente.
- 1.2.** Respecto a la absolución dictada a favor de José Luis Lazo Rondón, no se consideraron las imputaciones directas, coherentes y persistentes de tres testigos (Antony Álvarez Tuanama, Gean Pool Fabricio Murga Villar y Zósimo Garay Chacón), que reúnen las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número 002-2005/CJ-116. Agrega que la documentación presentada por el absuelto respecto a la capacitación laboral, en la que se encontraba el día de los hechos, se constituye en una coartada elaborada y no coincide con sus declaraciones primigenias.
- 1.3.** Respecto a la absolución dictada por el delito de banda criminal, establece que la Sala efectuó una errónea interpretación de los alcances de la configuración del tipo penal. Se remite al desarrollo del Acuerdo Plenario número 08-2019/CIJ-116. Precisa que quedó



demostrado que los acusados se reunieron concertadamente para cometer el hecho, que cada uno cumplió un rol específico y que se realizaron previas acciones de reglaje. Agrega que los encausados cuentan con denuncias por diversos delitos y que, si bien no aparecen en ellas de manera concertada, estas permiten demostrar la proclividad para la comisión del delito.

Segundo. La parte civil representada por la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de Orden Público del Ministerio del Interior, en su recurso de nulidad del treinta de octubre de dos mil diecinueve (foja 2008), respecto al extremo que absolvió a los acusados del delito contra la paz pública-banda criminal, postuló la nulidad de la sentencia. Denunció tanto la vulneración del derecho fundamental a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales como la trasgresión de las garantías procesales del debido proceso y la tutela procesal efectiva. Señaló que no se valoró de manera sistemática y conjunta el material probatorio que permite establecer que en la conducta desplegada por los procesados se cumplen los elementos y características del tipo penal en análisis; en específico, pluralidad de agentes, ausencia de estructura organizacional definida y estable, comisión de delitos de menor gravedad, que los hechos se desarrollaron en un local comercial (chatarrería) para la sustracción de S/ 5000 (cinco mil soles) y la existencia de un vínculo prácticamente familiar, laboral y amical, *el modus operandi* (uso de armas de fuego y empleo de violencia y amenaza).

Tercero. La parte civil en representación del agraviado occiso José Luis Mario Inagaki Inagaki, en su recurso de nulidad del seis de noviembre de dos mil diecinueve (foja 2116), requirió el incremento de la reparación civil. Afirmó que la víctima era un próspero empresario y debió considerarse la proyección de vida y fijar en S/ 500 000 (quinientos mil soles) el monto por reparación civil, tanto por el daño material como por el lucro cesante a



favor de sus herederos. Discrepó con el criterio de la Sala Superior al rechazar la configuración del delito de robo agravado con muerte subsecuente, por cuanto la doctrina y diversas ejecutorias establecen que mientras no se verifique que el o los delincuentes tengan la disponibilidad del bien u objeto sustraído, no se puede sostener que el delito se encuentre consumado. Postuló la configuración del delito de banda criminal, los encausados fueron reconocidos por el testigo directo Antony Álvarez Tuamana, no se trató de un hecho circunstancial, se encuentra demostrado que en otras oportunidades realizaron la comisión de delitos de manera conjunta y con roles de participación asignados, y que formaban parte de la banda “Los malditos de Ancón”, conforme informativo de la muerte de Joel Hernández Durand por un ajuste de cuentas; asimismo, se remite a las denuncias policiales que obran en autos (fojas 242 a 257, 293 y 588).

Cuarto. El encausado Jordan Kenyi Hernández Durand en su recurso de nulidad del veintinueve de octubre de dos mil diecinueve (foja 2004), respecto al extremo condenatorio, denunció la indebida valoración de las pruebas actuadas en autos. Alegó que la presunción de inocencia de su patrocinado no se ha rebatido, dado que la sentencia recurrida menoscaba su derecho de libertad individual. Señaló que no estuvo en el lugar de los hechos, conforme ratificó su empleador, el testigo de parte Luis Alberto Gómez Díaz. No existe pronunciamiento expreso que desacredite la testimonial de dicha persona, la exigencia de documentos que respalden su dicho (registro de ingreso y salida); desconoce los actos realizados por pequeños empresarios que no cumplen determinadas pautas (registros, asistencia, etcétera); además, ninguno de sus cosentenciados lo sindicó. Refirió inconsistencias en las declaraciones de los testigos (Antony Álvarez Tuamana, Gean Pool Fabricio Murga Villar y Zósimo Garay Chacón), que no pueden ser analizadas aisladamente, pues, conforme el



contenido del Informe Pericial de Antropología Físico Forense de Identificación Facial y Somatológica número 168-2019, no se puede obtener un grado cierto de identificación que permita incluirlo o excluirlo, lo que fue ratificado por las especialistas peritos antropólogas, quienes indicaron la imposibilidad presentada ante la abundancia de imágenes pixeleadas. Asimismo, se remitió al Informe número 014-18-DIRINCRI-PNP-OFICRI-SAF sobre análisis de las imágenes de cámara de seguridad, que refirió que ninguna de las personas presenta características que permitan establecer semejanza, motivo por el cual no se formuló el dictamen de especialidad respectivo. Finalmente, señaló que su recurso comprende la pena impuesta y el pago de la reparación civil.

Quinto. La encausada Marleni Vásquez Ríos, en su recurso de nulidad del veintiocho de octubre de dos mil diecinueve (foja 2014), respecto al extremo condenatorio, postuló la revocatoria de la recurrida y su consecuente absolución. Alegó la vulneración del derecho de motivación suficiente, así como el quebrantamiento de los lineamientos del Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, respecto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud. La imputación se centra en ser la titular del vehículo utilizado, pese a encontrarse acreditado que el día de los hechos fue arrendado a favor de Joel Antonio Hernández Durán. En cuanto a la sindicación del testigo Gean Pool Fabricio Murga Villar, refiere que su declaración (en etapa policial, respuestas 4 y 6, Acta de reconocimiento fotográfico, reconocimiento físico y declaración en juicio oral) evidencia insuficiencia probatoria, pues no guarda concordancia real en cuanto a tiempo, espacio, participación, personas, conductas, lugares y afirmaciones; además, ha proporcionado datos irreales a nivel de juicio oral. En el mismo sentido, cuestiona la sindicación del testigo Zósimo Garay Chacón, quien no se presentó a juicio oral. Señaló que no existe acto de investigación que determine su



participación directa o indirecta en el hecho incriminatorio. Postuló que la Sala Superior contaba con una opinión condenatoria adelantada en su contra, para lo cual se remitió a la resolución que dispuso arresto domiciliario condicionado al pago de una caución de S/ 100 000 (cien mil soles), pese a encontrarse acreditado que cuenta con arraigo familiar, laboral y domiciliario. Denunció limitación de su derecho a la defensa, debido proceso, motivación de resoluciones judiciales y presunción de inocencia, al haberse denegado la declaración de nuevos testigos que no se valoraron y la oralización de sus medios de prueba, lo que también constituyó un adelanto de opinión. Indicó que la pericia antropológica infirió que no se logró visualizar a ninguna persona de sexo femenino. Invocó el principio de carcelería como *ultima ratio*, ya que la regla es la libertad.

Sexto. El encausado George Heintz Yacila Leyva, en su recurso de nulidad del cuatro de noviembre de dos mil diecinueve (foja 2088), respecto al extremo condenatorio, denunció la vulneración de los derechos de presunción de inocencia y debido proceso, así como el principio de legalidad y la falta de motivación en la sentencia, al inaplicar el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116 en la valoración de la declaración del testigo Zósimo Garay Chacón, quien tuvo tres versiones de los hechos, lo que denota falta de verosimilitud y coherencia; asimismo, alegó el apartamiento de la doctrina jurisprudencial, al determinar las causales especiales para aplicar la institución del proceso inmediato. Refirió que ningún coacusado lo reconoció y que en el año 2016 manejó un auto Nissan Tildan. Negó que su coacusada Marleni Vásquez Ríos le alquilara un vehículo y agregó que no se evaluó la confrontación realizada en juicio oral. Postuló la indebida inaplicación de la confesión del delito. Precisó que el tenor de su primera declaración se debió al consejo de su primer abogado, pero que en la continuación de su declaración dijo la

verdad, que el día de los hechos se encontraba trabajando en Lurín, bajo las órdenes de Ofelia Chumpitaz de Manco, conforme contrato de trabajo que se anexa, y que es falso que el padre de dicha persona sea el propietario del bien. Indicó que el Informe Pericial de Antropología Física lo excluyó como una de las cuatro personas que aparecen en las fotografías. Alegó que en el Acta de audiencia número 17, página cuatro, se agregó que el testigo Antony Álvarez Tuanama lo reconoció, cuando no es cierto, remitiéndose a la declaración del testigo (fojas 44 a 49), a nivel de instrucción y a lo señalado por el dictamen fiscal.

§ II. Imputación fiscal

Séptimo. Conforme a la acusación fiscal del dieciocho de enero de dos mil diecinueve (foja 1178), los hechos incriminados fueron los siguientes:

7.1. Delito contra el patrimonio-robo agravado. Los encausados Jordan Kenyi Hernández Durand (coautor), Marleni Vásquez Ríos (cómplice primario), George Heintz Yacila Leyva (cómplice primario) y José Luis Lazo Rondón (coautor), en contubernio y distribución de roles, el ocho de febrero de dos mil dieciocho, aproximadamente a las 11:00 horas, en circunstancias que el agraviado José Luis Mario Inagaki Inagaki se encontraba en su taller, ubicado en el jirón Oroya número 207, Cercado de Lima, ingresaron tres sujetos armados, uno de ellos identificado como José Luis Lazo Rondón, empujó al trabajador Antony Álvarez Tuanama al interior del taller y lo amenazó con un arma de fuego, mientras los otros dos sujetos, identificados como Jordan Kenyi Hernández Durand y Joel Antonio Hernández Durand (fallecido), se dirigieron hacia la oficina del agraviado y, luego de golpearlo, le sustrajeron S/ 5000 (cinco mil soles). El trabajador Antony Álvarez Tuanama logró escapar, corrió a pedir ayuda gritando, lo que motivó que los delincuentes salieran del lugar con dirección a la

cuadra 10 de la avenida Huancavelica, intersección con el jirón La Oroya, donde esperaba el vehículo marca Chevrolet de placa A7E-054, conducido por el acusado George Heintz Yacila Leyva y ubicada como copiloto la acusada Marleni Vásquez Ríos. En tal sentido, el agraviado (ociso) salió tras ellos, provisto de su arma de fuego y, al intercambiar disparos con los delincuentes, fue impactado en la región del tórax y cayó al suelo, tras lo cual fue trasladado en taxi al Hospital Loayza, nosocomio, donde llegó cadáver.

7.2. Delito contra la paz pública-banda criminal. Los imputados Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos, George Heintz Yacila Leyva y José Luis Lazo Rondón, en calidad de autores, habrían conformado la banda criminal los “Malditos de Ancón”, dedicada a la comisión de diversos delitos, cuyo principal objetivo era atentar contra propietarios de talleres de venta y compra de chatarra y otros, lugares que no son custodiados por efectivos de seguridad. Utilizaron armas de fuego, realizaron *marcaje* de las operaciones financieras realizadas por sus víctimas, como en el caso del robo agravado, en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki, de quien tomaron conocimiento que, el siete de febrero de dos mil dieciocho, realizó una operación financiera por S/ 22 000 (veintidós mil soles). Actuaron de modo concertado, en que el total del dinero obtenido se repartió de acuerdo con las funciones de riesgo que se asumían; así, quien ingresaba al taller con arma en mano obtuvo mayor porcentaje que quien solo conducía el vehículo y/o era campana.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

En el marco de los agravios descritos, esta Sala Suprema advierte que las pretensiones recursivas –con sus particularidades– postulan, en primer

término, un análisis a nivel de valoración probatoria, orientado a determinar: **i.** la configuración del delito de banda criminal objeto de absolución, **ii.** la participación de los sentenciados en los actos de robo agravado objeto de condena; y, **iii.** la participación del ciudadano José Luis Lazo Rondón –sentenciado absuelto– en los hechos objeto de acusación. En segundo lugar, se exige un análisis a nivel normativo con relación a la modificación de la calificación jurídica de los hechos configuradores del delito de robo agravado. Por último, se advierte una pretensión orientada a evaluar la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas impuestas por el delito objeto de condena.

I. Absolución del delito de banda criminal

Octavo. El titular de la acción penal y la parte civil, Procuraduría Pública de Orden Interno, consideran que la valoración sistemática y conjunta del material probatorio actuado (pluralidad de agentes, concertación para la comisión de delitos, asignación y cumplimiento de roles específicos y ausencia de estructura organizacional definida y estable) permite establecer que la conducta desplegada por los procesados cumple con los elementos y características del tipo penal de banda criminal. Además, se remiten a evaluar tanto la vinculación familiar y amical de los sentenciados como la presencia de antecedentes en denuncias.

El artículo 317-B del Código Penal sanciona aquella unión de dos a más persona que, sin reunir alguna de las características de la organización criminal, tiene por finalidad la comisión de delitos concertadamente. Por su parte, el Acuerdo Plenario número 08-2019/CIJ-116¹, fundamento jurídico 20, establece que la banda criminal se configura en una estructura criminal de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal y que ejecuta un proyecto delictivo menos

¹ Del diez de septiembre de dos mil diecinueve.



transcendente 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.

Si bien el marco de imputación refiere que los encausados pertenecen a la banda “Los malditos de Ancón”, dedicada a la comisión de diversos delitos, cuyo principal objetivo era el atentar contra propietarios de talleres de venta y compra de chatarra y otros; en el caso, no se verifica la postulación de hechos concretos, distintos al ilícito perpetrado en agravio de José Inagaki Inagaki, que permitan establecer la concertación que exige el tipo penal para la materialización típica del delito de banda criminal.

Noveno. No basta la verificación matemática de la participación de una pluralidad de sujetos (que comparten lazos de amistad o familiaridad), el uso de violencia o la distribución de roles en el despliegue de un evento delictivo para concluir en la configuración de este tipo penal, pues estas son características que comparte con la *codelinquencia*, institución normativa reconocida y regulada por nuestro ordenamiento jurídico (artículo 23 del Código Penal). No obra en autos actuación probatoria destinada a respaldar la tesis fiscal y establecer adscripción o dependencia alguna de los encausados a una banda criminal. La absolución dictada por el Colegiado Sentenciador se encuentra conforme a derecho.

En cuanto al mérito de las denuncias formuladas contra los encausados como insumo capaz de establecer la configuración del delito en análisis,



corresponde señalar que la verificación de denuncias postuladas no permite concluir en una actuación conjunta de los encausados, tampoco se orientaron actos de investigación destinados a verificar el estado de las mismas.

Por otro lado, merece indicarse que frente al extremo de la sentencia en análisis no existe pretensión penal por parte del órgano constitucionalmente encargado. Si bien la titular de la Décima Fiscalía Superior Penal de Lima recurrió la sentencia absolutoria, la Fiscalía Suprema en lo Penal, órgano jerárquicamente superior, opinó *no haber nulidad* en dicho punto, lo que representa su conformidad con la absolución dictada por la Sala Superior respecto al delito de banda criminal.

En tal sentido, podemos concluir que, en atención a las reglas del principio acusatorio o de jerarquía, el titular de la acción penal se ha desistido de la persecución del delito, conforme se advierte del dictamen fiscal supremo (foja 79 del cuaderno supremo).

II. Condena por el delito de robo agravado y participación de los encausados

Décimo. Se constituye en un hecho probado con grado de certeza –no cuestionado por las partes legitimadas– la materialidad del delito de robo agravado acaecido el ocho de febrero de dos mil dieciocho, aproximadamente a las 11:00 horas, en las instalaciones del taller de titularidad del agraviado, hoy occiso, José Luis Mario Inagaki Inagaki –sito en jirón Oroya número 207, Cercado de Lima–. Ilícito penal en el que intervinieron cinco sujetos, tres de ellos ingresaron al interior del local premunidos con armas de fuego y, mediando amenaza y violencia, lograron sustraer la suma de S/ 5000 (cinco mil soles). Acto seguido, iniciaron la fuga, para lo cual contaban con el vehículo de placa de rodaje A7E-054, donde se hallaban



otras dos personas (conductor y copiloto) a la espera. Momentos en que fueron perseguidos por el agraviado provisto de su arma de fuego, lo que conllevó un intercambio de disparos, que concluyó con el impacto de bala en la zona del tórax del agraviado y, posteriormente, su fallecimiento, conforme Certificado de necropsia (foja 74) y Acta de defunción (foja 456).

Undécimo. Los argumentos impugnatorios expuestos por los sentenciados Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva, cuestionan la verdad judicial que sirvió de sustento para emitir el fallo condenatorio en su contra, en cuanto a su vinculación con los hechos probados. No obstante, de autos se verifica la presencia de prueba personal y documental plural y fiable que rebate los cuestionamientos formulados y permite concluir en su real participación.

La actividad probatoria constitutiva del presente proceso se remite, en primer término, a las declaraciones de testigos directos del hecho delictivo, cuyo conocimiento proviene de su percepción sensorial inmediata, es decir, conocieron la realidad del caso de primera mano por encontrarse en el lugar exacto de los hechos (local comercial del agraviado y zona de fuga de los agentes penales). Así, tenemos: **i.** declaración del testigo Antony Álvarez Tuanama, trabajador del agraviado, quien el día y hora de los hechos objeto de procesamiento se encontraba en el interior de las instalaciones del local comercial desarrollando sus actividades. Este testigo ha mantenido a lo largo del proceso, esto es, a nivel policial (foja 44, con presencia de la representante del Ministerio Público), de instrucción (foja 1130) y de juicio oral (sesión de audiencia de juicio oral número 17, del dieciséis de julio de dos mil diecinueve, foja 1745), una versión uniforme en cuanto a la forma y circunstancias en que se realizaron los hechos. Brindó las características físicas y de vestimenta de los sujetos que ingresaron al local comercial y lo redujeron, así como del vehículo en el que lograron huir tras producirse el intercambio de disparos con el agraviado. Versión



que se condice con el mérito del *Acta de Identificación Fotográfica mediante paneaux fotográfico-obtenidas de Ficha Reniec* (foja 113) donde individualiza de manera precisa al sentenciado Jordan Kenyi Hernández Durand como el sujeto que, previamente a los hechos, se acercó en dos oportunidades al frontis del local comercial; asimismo, como la persona que ingresó a la oficina del agraviado premunido con arma de fuego, asimismo, con el mérito del *Acta de reconocimiento vehicular* (foja 123), donde identifica al vehículo utilizado por los agentes penales para su fuga; **ii.** declaración del testigo Gean Pool Fabricio Murga Villar, quien detalló a nivel policial (foja 55, con presencia de la representante del Ministerio Público) y de juicio oral (sesión de audiencia de juicio oral número 18, del veintitrés de julio de dos mil diecinueve, foja 1760) que el día de los hechos se encontraba en los alrededores del local comercial, en el taller de mecánica de la zona, y presencié el momento preciso en que se produjo el intercambio de disparos entre el agraviado occiso y los encausados, así como la fuga de estos en un vehículo automotor donde advirtió la presencia del conductor del vehículo y una fémina como copiloto. Se advierte que el testigo brindó las características físicas y de vestimenta de los sujetos y del vehículo en el que se trasladaban. Versión que, como en el caso del testigo anterior, se condice con el mérito de las Actas de reconocimiento fotográfico mediante ficha Reniec (fojas 117 y 130), donde individualiza de manera directa a la sentenciada Marleni Vásquez Ríos como la persona que se encontraba como copiloto a bordo del vehículo marca Chevrolet y al sentenciado Jordan Kenyi Hernández Durand como el sujeto que se resbaló y disparó al agraviado occiso; asimismo, con el Acta de Reconocimiento Físico (foja 164), celebrada con presencial fiscal, en rueda de imputados, donde identifica a la sentenciada Marleni Vásquez Ríos como la fémina que se encontraba en el asiento del copiloto del vehículo “color medio celeste”



el día de los hechos, tal diligencia, además, contó con la participación de la abogada de elección de la citada encausada. Asimismo, el *Acta de reconocimiento vehicular* (foja 121), donde identifica al vehículo de marca Chevrolet, en el que se encontraba como copiloto una mujer y que fue abordado por los tres sujetos; y, **iii.** declaración del testigo Zósimo Garay Chacón, quien indicó a nivel policial (foja 63, con presencia de la representante del Ministerio Público) que se encontraba en los alrededores del lugar donde se produjo el evento delictivo por haber concurrido a un taller mecánico; en dicho contexto, advirtió la huida de los agentes penales en medio del intercambio de disparos con el agraviado. Brindó datos específicos respecto a las características físicas y de vestimenta de los sujetos. Preciso detalles del vehículo en que se trasladaban y de quienes iban a bordo, el conductor y una fémina. Versión que, como en el caso del testigo anterior, se corresponde con el mérito de las *Actas de identificación fotográfica* (foja 138, 142 y 150), donde individualiza de manera directa a los sentenciados Jordan Kenyi Hernández Durand, como el sujeto que efectuó disparos con arma de fuego y se dirigía a abordar el automóvil de marca Chevrolet; Marleni Vásquez Ríos, como la persona que se encontraba sentada en el asiento del copiloto del automóvil marca Chevrolet, y George Heintz Yacila Leyva, como el sujeto que se encontraba conduciendo el automóvil marca Chevrolet.

Duodécimo. El análisis de las declaraciones descritas reviste incuestionable aptitud probatoria, al encontrarse dotadas de garantía de certeza, conforme se pasará a detallar.

No se verifica en autos que los citados testigos, previamente a los hechos, tuvieran vinculación personal, amical o laboral con los encausados; tampoco se advierte relación de enemistad o animadversión entre estos; por lo que no es posible establecer que la identificación que han efectuado, de manera plural e independiente, responda a un ánimo



doloso o persiga un fin espurio en sí mismo. En tal sentido, sus declaraciones revisten credibilidad subjetiva.

El mérito de los detalles específicos que brindan, tanto sobre los hechos y la participación de los encausados como respecto a las características físicas, somatológicas y de vestimenta de estos, adquiere fuerza probatoria de gran entidad, al haber sido uniformes, coherentes, precisos y orientados en tiempo y espacio, lo que reviste de verosimilitud a su dicho a lo largo de todo el proceso.

Además, lo expuesto por los citados testigos se condice y corrobora a nivel periférico a partir de los siguientes actuados: **i. Informe pericial de necropsia médico legal** (foja 845), que concluye como diagnóstico de muerte del agraviado occiso: “Shock hipovolémico, laceración pulmonar y arteria aorta, hemotórax derecho, herida penetrante en región torácica. Agente causante: un proyectil de arma de fuego”; **ii. Acta de deslacrado visualización de disco óptico y posterior lacrado con presencia fiscal** (foja 85), correspondiente a la cámara estática instalada en el exterior de la empresa Motors Mark E. I. R. L., sito en Jirón Huancavelica número 1039, Cercado de Lima. En las imágenes se observa al vehículo de placa de rodaje A7E-054, así como las circunstancias que rodearon la huida de los tres sujetos que previamente habrían sustraído el dinero del agraviado; **iii. Acta de deslacrado visualización de disco óptico y posterior lacrado con presencia fiscal** (foja 102) que, en lo sustancial, permite identificar mayores características del vehículo utilizado de placa de rodaje A7E-054, la presencia de cinco personas en el interior del vehículo y, en específico, de un copiloto que lleva entre las piernas un bolso de color blanco con franjas negras.

Lo expuesto permite verificar firmeza y coherencia narrativa en la información proporcionada por los testigos; los datos descritos sincronizan entre sí y resultan concretos y específicos. No se advierten

contradicciones en sus dichos ni aspectos inverosímiles o contrarios a la lógica.

Decimotercero. Se cuenta también con la declaración –no autoinculpatoria– de la encausada Marleni Vásquez Ríos a nivel policial (foja 32), diligencia que contó con la participación de la señora representante del Ministerio Público y del abogado defensor de elección de la encausada, por lo que ostenta incuestionable mérito probatorio, conforme lo normado en el artículo 62 del Código Penal. En dicha oportunidad procesal, reconoció ser propietaria del vehículo con placa de rodaje A7E-054 e identificó en las imágenes de las cámaras de seguridad que se le puso a la vista (conforme Acta de deslacrado para visualización de disco óptico y posterior lacrado con presencia fiscal, foja 162) a Jordan Kenyi Hernández Durand como uno de los sujetos que abordó su vehículo, de quien precisó las características de su vestimenta; y a Joel Antonio Hernández Durand (fallecido), su ex pareja sentimental, a quien el día de los hechos le indicó que entregó su vehículo en alquiler.

Asimismo, la declaración del encausado George Heintz Yacila Leyva, a nivel de instrucción (foja 491, ante juez penal y con presencia de su defensa de elección), donde reconoció su presencia en el lugar de los hechos como conductor del vehículo de placa de rodaje A7E-054. Precisó que fue contratado por Joel Antonio Hernández Durand (fallecido) para movilizarlo junto con la encausada Marleni Vásquez Ríos, su pareja, a fin de realizar compras. Detalló que en determinado momento observó que Hernández Durand corrió hacia el automóvil con un arma en la mano y lo amenazó para que lo dejara subir al vehículo, así como a otros dos sujetos más.

Si bien las declaraciones brindadas por Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva han variado a nivel de enjuiciamiento, la jurisprudencia ha establecido que el órgano jurisdiccional, en caso de declaraciones distintas, posee la facultad de otorgar valor probatorio a la declaración



brindada en etapa previa, siempre que se verifica que esta revista las garantías de certeza exigida. Supuesto que se advierte en el caso.

La completitud de la actuación probatoria, desplegada y valorada de manera conjunta, permite establecer con grado de certeza la participación de los sentenciados Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva en los actos de robo agravado contra José Inagaki Inagaki.

Decimocuarto. Los sentenciados, en sus recursos respectivos, niegan su participación en los hechos objeto de procesamiento, en atención a las conclusiones a las que arribaron los Informes Periciales de Antropología Física Forense de Identificación Facial y Somatológica número 165 (foja 1648), número 166 (foja 1664) y número 168-2019 (foja 1686), ratificados a nivel de juicio oral, sesión de audiencia número 12, del dieciocho de junio de dos mil diecinueve (foja 1700), que establecen que las muestras no permiten obtener un grado certero de identificación capaz de incluir o excluir al sujeto.

Efectivamente, los informes en cuestión no revisten capacidad para la individualización cierta de las personas que aparecen en las muestras analizadas; no obstante, ello no debe interpretarse ni representa, en sentido alguno, una respuesta negativa en su identificación. El estudio realizado no concluye ni establece incompatibilidad entre la muestra y el sujeto en análisis, así como tampoco determina la no presencia de estos (incluida la fémina) en el lugar de los hechos, sino que, en estricto, manifiesta un supuesto de imposibilidad técnica en su realización, en razón de la ausencia de imágenes nítidas que viabilicen la labor de los especialistas, quienes se vieron impedidos de realizar un examen adecuado, dada la ubicación de la cámara en el lugar de los hechos, que impidió un enfoque claro tanto de los sujetos como del interior del vehículo.



Frente a esta limitación técnica, se erige el contenido mismo de las imágenes que obran en los discos ópticos objeto de visualización, las cuales, en lo pertinente, permitieron establecer la presencia de cinco sujetos y el uso de un vehículo automotor. Supuesto fáctico que se condice con el relato esgrimido por los testigos.

Corresponde que, en este extremo, los agravios sean rechazados.

Decimoquinto. Ahora bien, el encausado Jordan Kenyi Hernández Durand, a lo largo del plenario y ante esta instancia, alegó que no se encontraba en el lugar de los hechos, versión que respalda en la declaración del testigo Luis Alberto Gómez Díaz, supuesto empleador, quien en juicio oral (sesión de audiencia número 12, del dieciocho de junio de dos mil diecinueve, foja 1700) refirió que este se encontraba laborando en su taller de metalurgia.

Sin embargo, la declaración del testigo de parte carece de respaldo probatorio que permita verificar su dicho. Se erige en un elemento de descargo aislado que por sí solo no reviste entidad para enervar la capacidad del resto de actuados que incorporados al contradictorio permiten establecer su responsabilidad en los hechos.

Cabe precisar que la exigencia de corroboración periférica del dicho del testigo (mediante prueba documental o personal) no implica –como postula la defensa– el desconocimiento de la informalidad en las actividades comerciales desarrolladas en nuestro país, sino que se constriñe, en estricto, a dotar de fuerza acreditativa a lo depuesto por el órgano de prueba de descargo.

En cuanto a las alegadas inconsistencias en lo declarado por los testigos de cargo Antony Álvarez Tuanama, Gean Pool Fabricio Murga Villar y Zósimo Garay Chacón, como se ha desarrollado ampliamente en los considerandos precedentes, la sindicación e identificación de los testigos



directos reviste mérito probatorio de gran entidad, su relato resulta orientado en tiempo y espacio, y preciso en detalles.

De conformidad con lo expuesto, ha quedado probada con grado de certeza la participación del sentenciado Jordan Kenyi Hernández Durand en los hechos de robo agravado objeto de imputación, encontrándose quebrada la presunción de inocencia que reviste a todo justiciable; no se verifica vulneración al derecho a la libertad personal, conforme plantea en su recurso, pues su internamiento encuentra sustento fáctico y jurídico ante la comprobada vulneración del bien jurídico protegido.

Decimosexto. Respecto a lo sustentado por la encausada Marleni Vásquez Ríos en su recurso de nulidad, corresponde señalar que contrariamente a su postulación impugnatoria, la determinación de su responsabilidad derivó de la valoración conjunta de las declaraciones y actuaciones probatorias incorporadas al contradictorio y no a su calidad de titular del vehículo marca Chevrolet de placa A7E-054.

El presunto arrendamiento de dicho bien a favor de su expareja, el coimputado (ociso) Joel Antonio Hernández Duran, carece de respaldo probatorio de entidad sustancial y no suprime la sindicación e identificación que contra ella formulan los testigos directos del hecho imputado. Declaraciones que, conforme se ha desarrollado *ut supra*, han superado las garantías de certeza exigidas por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, en cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud.

Si bien, el testigo Zósimo Garay Chacón, efectivamente, no concurrió ante el plenario, se advierte que el titular de la acción penal prescindió de su concurrencia, en razón de las amenazas de las que fue titular dicho testigo, conforme constancia que obra en la diligencia de confrontación celebrada a nivel de instrucción (foja 1157) y en la postulación de pruebas

en juicio oral (sesión de audiencia número 02, del diez de abril de dos mil diecinueve, foja 1880), hecho que no resta mérito probatorio al tenor de su declaración brindada a nivel preliminar y sumarial, al haber sido incorporada al debate mediante su oralización, conforme lo normado por el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales.

Cuestiona la recurrente de manera puntual, la capacidad probatoria en la sindicación formulada por el testigo Gean Pool Fabricio Murga Villar, la que considera que carece de concordancia real en cuanto a tiempo, espacio, participación, personas, conductas, lugares y afirmaciones. No obstante, el dicho de este testigo, conforme se ha desarrollado en los considerandos precedentes, reviste completitud probatoria.

Es pertinente señalar que esta Sala Penal Suprema ha establecido en anterior pronunciamiento la siguiente jurisprudencia:

Si se trata de testigos-víctimas, solo resulta necesaria una persistencia material en la incriminación, no referente a un aspecto estrictamente formal de repetición de los datos expresados en las distintas declaraciones o, lo que es lo mismo, una coincidencia cuasi matemática. Basta con la mera verificación de una conexión lógica. Lo medular, entonces, será extraer aquella parte de la información que sí fue capaz de percibir y almacenar².

El relato del testigo Gean Pool Fabricio Murga Villar ha sido uniforme y firme al ubicar a la encausada Marleni Vásquez Ríos como copiloto del vehículo utilizado por los encausados durante su huida; además, brindó características físicas de esta y la identificó a plenitud en la diligencia de reconocimiento. Las alegaciones, en este extremo, no son de recibo.

Decimoséptimo. Por otro lado, la denegatoria de la Sala Superior, frente a la solicitud de la encausada de incorporar nuevos testigos durante el plenario, no representa vulneración alguna a su derecho de defensa y

² SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número 1795-2017/Ayacucho, del trece de agosto de dos mil dieciocho, fundamento jurídico noveno.

presunción de inocencia, sino el respeto imperativo de las normas que rigen el proceso penal. Del mérito del Acta de sesión de audiencia número 2 (del diez de abril de dos mil diecinueve, foja 1380) se aprecia que, iniciado el juicio oral, se habilitó a favor de los sujetos procesales la oportunidad para la postulación de medios de prueba nuevos, momento en que la defensa de la recurrente los ofreció y la Sala Superior los admitió³. No obstante, posteriormente y ante la reiterada inconcurrencia de sus primeras testigos, en sesión de audiencia número 20, del trece de agosto de dos mil diecinueve (foja 1792), señaló que ellas no se apersonarían en el proceso por motivos de fuerza mayor (sin explicitar ni acreditar ello); acto seguido, postuló la incorporación de dos nuevas testigos, pedido que la Sala Superior rechazó por extemporáneo.

Es de establecer que nuestro ordenamiento procesal es claro al delimitar las reglas y principios que enmarcan su desarrollo, entre estos se encuentra el principio de preclusión, cuyo fin es dotar de precisión y rapidez a los actos que se despliegan, estableciendo un orden para estos. La norma “pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse”⁴.

El rechazo de la pretensión de la defensa reviste amparo normativo, el agravio postulado merece ser rechazado.

Décimoctavo. Agregó la recurrente una pretendida conducta arbitraria y adelantamiento de opinión por parte de la Sala Superior, al imponer la medida de arresto domiciliario condicionada al pago de una caución de S/ 100 000 (cien mil soles). Dicha postulación deviene en una extrapolación subjetiva de mala fe por parte de la defensa. El órgano jurisdiccional se

³ Se admitió: i. Declaración de Melody Cristel Espinoza Rojas, ii. Marisol Serrano Condori, iii. Pericia de las actas de identificación fotográficas.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, V. III. Edit. Revista de Derecho Privado, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, pp. 277 y 278.



encuentra facultado a imponer las medidas cautelares personales (supeditadas a la verificación de requisitos y al cumplimiento de obligaciones) que estime pertinentes para garantizar el desarrollo del proceso y la consecución de sus fines.

El sustento del agravio planteado refleja, en estricto, la disconformidad del recurrente con lo resuelto por el órgano jurisdiccional, pero no representa, en ningún sentido, adelantamiento de opinión alguna. En todo caso, la defensa se encontraba premunida de los mecanismos procesales que la norma contempla, a efectos de cuestionar el sentido de una resolución de este tipo, por lo que corresponde denegar dicha alegación, recomendándose a la defensa limitar su argumentación a supuestos objetivos de valoración probatoria y aplicación normativa.

En cuanto al principio que refiere la carcelería como *ultima ratio*, merece indicarse que, encontrándose comprobada la materialidad del delito y acreditada la participación de la sentenciada Marleni Vásquez Ríos, su internamiento resulta conforme a derecho.

Decimonoveno. Por su parte, el sentenciado George Heintz Yacila Leyva refirió la indebida aplicación de la confesión del delito. Precizó que el tenor de su declaración primigenia, en donde reconoce su presencia como conductor del vehículo utilizado por sus coencausados para la fuga (foja 491), se debió al consejo de su primer abogado, pero que se trata de hechos que no se corresponden con la realidad, por lo que en sus posteriores declaraciones sí declaró con la verdad.

No obstante, el argumento expuesto no se respalda en medio de prueba alguno que permita verificar los cuestionamientos contra su anterior defensa; contrariamente, se aprecia que su declaración contó con las garantías de legalidad que la norma impone (participación de juez penal, representante del Ministerio Público y abogado defensor). Además, dicha versión

encuentra correlato en lo apreciado a partir de la valoración conjunta de las pruebas incorporadas al contradictorio.

No se advierte una indebida configuración de la institución jurídica de confesión del delito, la determinación de su responsabilidad penal se remite, en estricto, a la completitud de la prueba actuada y no a su dicho. El agravio merece ser desestimado.

Vigésimo. El citado encausado alegó que el día de los hechos se encontraba en el domicilio de Ofelia Chumpitaz Tapia de Manco (distrito de Luán) efectuando trabajos de pintado. Para sustentar dicha versión incorporó al debate el contrato de trabajo celebrado y la declaración de su empleadora en calidad de testigo.

Se advierte que, tanto a nivel de instrucción (foja 732) como de juicio oral (sesión de audiencia número 11, del once de junio de dos mil diecinueve, foja 1606), Ofelia Chumpitaz Tapia de Manco ratificó el mérito del contrato de trabajo presentado y precisó que el ocho de febrero de dos mil dieciocho el encausado, efectivamente, realizó labores en su domicilio. No obstante, del tenor de su exposición se aprecia que en reiteradas oportunidades señaló, de manera expresa, que el encargado de supervisar las labores desempeñadas por el encausado y entregar los materiales para tal fin no era ella sino su padre, órgano de prueba no incorporado al contradictorio. No se aprecia en autos mayores elementos de prueba (personal o instrumental) que permita respaldar la tesis de la defensa. La individualidad del elemento de prueba de descargo no resta virtualidad probatoria a lo actuado a lo largo del proceso.

Vigesimoprimer. Sumado a lo expuesto, Yacila Leyva esgrimió como tesis defensiva que ninguno de sus coacusados lo sindicó, que no se tomó en cuenta su confrontación con la encausado Vásquez Ríos y que, en el año dos mil dieciséis, manejó un Nissan Tilda.



Ahora bien, la ausencia de sindicación en su contra por parte de sus coimputados guarda coherencia y encuentra justificación en el hecho de que ninguno de estos acepta los cargos incoados, en cuanto a su presencia en el lugar de los hechos y su participación en estos.

En lo referido a la confrontación, corresponde indicar que el objeto principal de esta es dilucidar una incertidumbre generada a partir de las versiones brindadas por imputados y testigos en el desarrollo del proceso. Se aprecia de autos que, en sesión de audiencia de juicio oral número 5, del dos de mayo de dos mil diecinueve (foja 1503), y al amparo de lo normado en el artículo 130 del Código de Procedimientos Penales, se celebró la confrontación entre el recurrente Yacila Leyva y su coimputada Vásquez Ríos, a efectos de dilucidar los siguientes puntos controvertidos:

“La acusada Marleni Vásquez Ríos señala que alquilaba el vehículo a Joel Hernández Durand pero el acusado George Yacila Leyva señala que quien le alquilaba el vehículo era Joel Hernández Durand” y “Si el acusado George Heintz Yacila Leyva conducía el vehículo hacia el taller en varias oportunidades”.

En atención al principio de trascendencia de la prueba se verifica que el tenor de la confrontación no reviste entidad probatoria relevante. En cuanto al primer punto, se colige, en todo caso, que el encausado Yacila Leyva reconoce que manejaba el vehículo en cuestión y, respecto al segundo punto, ambos imputados convienen en señalar que, efectivamente, el encausado Yacila Leyva trasladó el vehículo al taller hasta en dos oportunidades.

Vigesimosegundo. Por último, cuestiona el mérito del Acta de sesión de audiencia número 17 (página 04), del dieciséis de julio de dos mil diecinueve (foja 1745), en lo referido a la testimonial de Antony Álvarez Tuanama y precisa que el testigo no indicó reconocerlo, conforme su declaración preliminar y sumarial.



Al respecto, las actas de audiencias representan el sustento documental de las actuaciones desplegadas durante el juicio oral. Su valor reviste amparo normativo y exige el respeto de determinadas formalidades, entre ellas, su necesaria aprobación por las partes del proceso, conforme al artículo 291 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley número 28947.

No se verifica que la defensa recurrente, en su oportunidad, haya planteado observación alguna al contenido del Acta de sesión número 17; contrariamente, la misma fue aprobada y refrendada por el presidente y la Secretaría de la Sala Superior, conforme Acta de sesión de audiencia número 18 (página 02), del veintitrés de julio de dos mil diecinueve.

Los agravios expuestos carecen de sustento. Corresponde que su pretensión impugnatoria sea denegada.

III. Absolución del ciudadano José Luis Lazo Rondón

Vigesimotercero. El señor fiscal superior, en su recurso impugnatorio, refiere que la Sala Superior no consideró la imputación directa, coherente y persistente de tres testigos (Antony Álvarez Tuanama, Gean Pool Fabricio Murga Villar y Zósimo Garay Chacón) contra el sentenciado absuelto. Además, refirió que la documentación presentada respecto a la capacitación laboral en la que estuvo el día de los hechos se constituye en una coartada elaborada y no se condice con sus declaraciones primigenias.

Conviene precisar que la actuación probatoria de cargo formulada contra Lazo Rondón no reviste entidad suficiente, capaz de enervar la presunción de inocencia que ostenta. Desde iniciado el proceso, Lazo Rondón refirió que en el mes de febrero del dos mil ocho, durante la primera quincena laboró como apoyo en la librería de donde ya se encontraba de salida; posteriormente, en la segunda quincena, trabajó en la empresa Sevida, en Puente Piedra (conforme declaración a nivel sumarial,

foja 752); posteriormente, ante el plenario (sesión de audiencia número 05, del dos de mayo de dos mil diecinueve, foja 1503), precisó que en específico, el día de los hechos se encontraba en una capacitación dirigida a obtener un puesto de trabajo en la empresa Sevida S. A. C., en Puente Piedra (Shangrita). Versión que se respalda en la declaración de la testigo de descargo Laura Miramar Molocho Solsol, sesión de audiencia número 6, del siete de mayo de dos mil diecinueve (foja 1523); asimismo, en la prueba documental incorporada, entre las que encontramos la constancia de asistencia a curso de inducción del ocho de febrero de dos mil dieciocho, copia de los correos electrónicos de la citada empresa, hoja de asistencia donde figura su participación y la de diversos participantes, como es de verse (foja 1139).

Si bien existe sindicación en su contra por parte de los testigos incorporados al contradictorio, la prueba de descargo presentada reviste entidad que impide establecer con grado de certeza su pretendida participación, la presunción de inocencia que ostenta no se ha visto enervada. La absolución se encuentra conforme a derecho.

Cabe precisar que la emisión de una sentencia condenatoria requiere de una actividad probatoria desplegada con las garantías necesarias y en la que se haya tutelado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la prueba, defensa y debido proceso, que permita evidenciar la concurrencia plena de los elementos del delito y el grado de intervención y/o participación de un acusado. Además, que el órgano jurisdiccional explicita las razones por las cuales arriba a determinada conclusión, pues con ello se evita la existencia de arbitrarias restricciones del derecho a la libertad individual de los justiciables y se tutela su derecho a la presunción de inocencia⁵.

⁵ Conforme lo desarrollado por la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia: Recurso de nulidad números 2978-2016/Huánuco, 47-2017/Lima Norte, 614-2017/Junín, 962-2017/Ayacucho, 2269-2017/Puno, 2565-2017/Cusco, 310-2018/Lambayeque, 1037-

Vigesicuarto. Además, si bien la fiscal superior postuló recurso de nulidad contra este extremo absolutorio, el superior jerárquico, fiscal supremo penal, expresó su conformidad con los términos de la absolución; por lo que, en aplicación del principio acusatorio y verificada la legalidad de la absolución en los términos expuestos, corresponde confirmarla.

IV. Absolución por la agravante de robo agravado con muerte subsecuente

Vigesimoquinto. La parte civil, en representación del agraviado occiso José Luis Mario Inagaki Inagaki, y el fiscal superior cuestionan que, conforme la hipótesis fáctica, los disparos que conllevaron la muerte de la víctima se produjeron cuando el bien materia de sustracción aún se encontraba dentro de la esfera de dominio de esta, en cuanto que los encausados carecían de disponibilidad potencial del bien, pues fueron perseguidos con inmediatez por el agraviado, supuesto que efectivamente se subsume en la agravante prevista en el párrafo *in fine* del Código Penal.

Ahora bien, se advierte que la Sala Superior absolvió a los encausados Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva de los cargos incoados en su contra por el delito contra el patrimonio-robo agravado con subsecuente muerte, limitando la condena a las agravantes contenidas en los incisos 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal, ello por cuanto considera que los imputados no planificaron deliberadamente la muerte del agraviado, aun cuando esa era una posibilidad teniendo en cuenta que ingresaron al local provistos de armas de fuego. El fallecimiento del agraviado José Luis Mario Inagaki Inagaki se produjo con posterioridad a la apropiación del dinero, en respuesta a la persecución y ataque de la víctima.



Vigesimosexto. Corresponde señalar que el tipo penal en análisis, robo agravado, para su configuración típica exige que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, de forma que el acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el *iter criminis*, la consumación y la tentativa de este delito. Desde esta perspectiva el apoderamiento importa: “(a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor –de su esfera de posesión– a la del sujeto activo, y (b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma”⁶.

Conforme lo expuesto, la determinación del momento de consumación de este tipo penal se produce cuando el agente tiene la disponibilidad potencial de la cosa sustraída, es decir, cuenta con la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición o facultades de dominio. La sola sustracción de la cosa no es el criterio definitorio para la consumación del delito de robo agravado como, en el caso, plantea erróneamente la Sala Superior.

Vigesimoséptimo. Por otro lado, la agravante prevista en el párrafo *in fine* del artículo 189 del Código Penal exige que, como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia, para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o *vis in corpore*– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente, pero que pudo prever y evitar⁷.

⁶ SENTENCIA PLENARIA 1-2005/DJ-301-A, del treinta de septiembre de dos mil cinco. Fundamento jurídico 7.

⁷ ACUERDO PLENARIO número 3-2009/CJ-116. Asunto: robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo, del trece de



En el caso, de la imputación formulada se verifica –en lo pertinente– que los encausados, tras haber ingresado al local comercial del agraviado (occiso) y sustraer el dinero objeto de robo, huyeron con dirección al vehículo automotor que los esperaba, momentos en que, con inmediatez, son perseguidos por el agraviado provisto de su arma de fuego, generándose un intercambio de disparos que concluyó en la muerte de este, tras lo cual los encausados se dieron a la fuga.

Vigesimoctavo. Lo expuesto evidencia que si bien los sentenciados lograron sustraer el dinero del dominio de agraviado, estos no se encontraron en capacidad de disponer de dicho bien (disponibilidad potencial del bien objeto del delito), encontrándose aún en la fase de ejecución del delito.

Es recién con la materialización de la fuga, que se produce el intercambio de disparos con el agraviado, lo que concluye con su muerte; entonces, es esa la circunstancia en que se logra el grado de disponibilidad exigido por el tipo penal.

Vigesimonoveno. Por tanto, el deceso del agraviado no constituye un tipo penal independiente sino que forma parte de la fase de ejecución del delito de robo agravado, se circunscribe, en estricto, al despliegue de una conducta destinada a vencer su resistencia y materializar el apoderamiento por parte de los encausados, figura típica normada en el párrafo *in fine* del artículo 189 del Código Penal.

La absolución dictada en este extremo no se encuentra adecuada a derecho, corresponde declarar su nulidad y ordenar el desarrollo de un nuevo juicio oral a cargo de otro Colegiado, que deberá considerar los criterios desarrollados en el presente en cuanto a la aplicación de la agravante descrita.



Trigésimo. De verificar la Sala Penal la subsunción de los hechos en lo previsto en la agravante en análisis, la determinación de la sanción punitiva a imponer deberá considerar los criterios desarrollados en el acuerdo plenario número 02-210/CJ-116⁸, según el cual, cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que correspondan a diferentes grados o niveles y, por tanto, representen distintas escalas de pena, la circunstancia de mayor grado absorberá los efectos punitivos de la agravante de grado inferior; de forma que, el régimen de sanción penal de esta agravante de mayor grado operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Ello considerando que, en el caso, reviste grado de certeza incuestionable la configuración del tipo penal previsto en el artículo 188 (tipo base) con las agravantes descritas en el artículo 189, numeral 3 (a mano armada) y 4 (con el concurso de dos o más personas) del Código Penal.

V. Respecto a la reparación civil

Trigesimoprimero. La reparación civil ostenta un carácter resarcitorio, siendo que el perjuicio moral es incuantificable, la estimación de su cuantía depende de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional con base en el principio de equidad y proporcionalidad. En el caso, el sustento principal de la defensa de la parte civil recurrente postula que la vida es el bien jurídico más importante e incuantificable, que el agraviado occiso fue un próspero empresario y que se verifica un proyecto de vida truncado.

Conforme se ha establecido en el considerando precedente, al haberse determinado la nulidad de la sentencia, en el extremo de la absolución por el delito de robo con muerte subsecuente, corresponde declarar la nulidad de la reparación civil impuesta a fin de cuantificarse de manera

⁸ Del dieciséis de noviembre de dos mil diez. Fundamento jurídico 12.

proporcional al daño efectivamente generado con la conducta desplegada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia del quince de octubre de dos mil diecinueve (foja 1961), emitida por la Cuarta Sala Penal Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que: **i.** absolvió a **Jordan Kenyi Hernández Durand, José Luis Lazo Rondón, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva**, del delito contra la paz pública-banda criminal, en agravio del Estado; **ii.** absolvió a José Luis Lazo Rondón, del delito contra el patrimonio-robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki; y, **iii.** condenó a Jordan Kenyi Hernández Durand, como autor, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva, como cómplices primarios, por el delito contra el patrimonio-robo agravado, previsto en el artículo 188 con las agravantes contenidas en los incisos 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal, en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki.
- II. DECLARARON NULA** la sentencia en análisis, en el extremo que: **i.** fijó como reparación civil la suma de S/ 100 000 (cien mil soles), que deberán abonar en forma solidaria a favor de los deudos del agraviado occiso; y, **ii.** absolvió a Jordan Kenyi Hernández Durand, Marleni Vásquez Ríos y George Heintz Yacila Leyva, por el delito contra el patrimonio-robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de José Luis Mario Inagaki Inagaki.
MANDARON que se realice un nuevo juicio oral a cargo de otra



Sala Penal Superior, teniendo en cuenta lo expuesto en los considerandos del vigesimoquinto al trigésimoprimeros de la presente ejecutoria suprema.

III. DISPUSIERON que la presente resolución sea publicada en la página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ycll