

Sumilla: A las sindicaciones de un coimputado, le son exigibles indefectiblemente un conjunto de condiciones para sustentar una condena contra el acusado. El juzgador no debe, de forma habitual o invariable, llegar a la certeza exigible para fundar una sentencia condenatoria con la sola acusación de un coimputado; no obstante, tampoco ha de relegarse su versión, la cual debe examinarse atendiendo el conjunto de factores específicos de la causa.

Lima, veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Yur Diofanto Torres Belli, Antony Javier Rodríguez Jaramillo y Luis Gonzalo Yen Pizarro contra la sentencia de 12 de enero de 2016, de fojas 1051, expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que los **condenó** como autores del delito contra el patrimonio –robo agravado en tentativa–, en agravio de Restaurant Pizza Raúl; y como autores del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud –homicidio calificado– en agravio de Juan Antonio Flores Zuloeta, a **treinta** años de pena privativa de libertad. **Fijaron** en la suma de S/ 91,000.00 soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor de los agraviados; a razón de mil soles a favor de la empresa Restaurant Pizzería Raúl y noventa mil soles a favor de los herederos forzosos del agraviado Juan Antonio Flores Zuloeta.

De conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **CHÁVEZ MELLA**.

CONSIDERANDO

• HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN.

PRIMERO: De la acusación fiscal -fojas 813-, se les imputa a los procesados Luis Gonzalo Yen Pizarro, Antony Javier Rodríguez Jaramillo y Yur Diofanto Torres Belli que el 06 de marzo del 2014, a las 22:30 horas aproximadamente, intentaron robar, a mano armada, el restaurante "Pizza Raúl" ubicado en la avenida Colonial N.º 2349 –Urbanización Elio– Cercado de Lima, conducta ilícita que no

pudieron concretar por la oportuna intervención del vigilante particular de dicho restaurante, Juan Antonio Flores Zuloeta, a quien mataron con un proyectil de arma de fuego y luego darse a la fuga.

1.1 La identificación de los acusados se obtuvo por labor de inteligencia del personal policial de la DIRIN-PNP, quienes obtuvieron información confidencial sobre los presuntos autores de los hechos. Uno de los sospechosos habría acudido, por herida de bala, al hospital San José del Callao, el cual resulta cercano a la escena del crimen. Al acudir al referido hospital, constataron en el cuaderno de registro de ingresos de pacientes, que el 06 de marzo del 2014, a las 22:50 horas admitieron al paciente Luis Gonzalo Yen Pizarro con una herida de bala en el tórax. Éste, luego de haber sido interrogado aceptó su participación en presencia del representante del Ministerio Público, incriminando a Antony Javier Rodríguez Jaramillo y al sujeto conocido como "Yur", a quien identificó luego como Yur Diofanto Torres Belli, con quienes cometió los hechos materia de juzgamiento.

• **FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.**

SEGUNDO: La sentencia de mérito, funda su decisión después de analizar y valorar los medios probatorios e indicios plurales y razonables recabados a lo largo del proceso, declarando probada la comisión de los delitos de robo agravado en grado de tentativa en agravio de Pizzería Raúl; y homicidio calificado en agravio de Juan Antonio Flores Zuloeta. La responsabilidad penal de los condenados *Yur Diofanto Torres Belli, Antony Javier Rodríguez Jaramillo y Luis Gonzalo Yen Pizarro* se encuentra debidamente probada, considerando esencialmente la declaración incriminatoria del coencausado Luis Gonzalo Yen Pizarro, la cual concurre con diversos elementos objetivos e indicios que la dotan de aptitud probatoria para enervar la presunción de inocencia de sus coacusados; en tal sentido, se ha llegado a la certeza requerida para emitir sentencia condenatoria.

• **EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS DE LOS IMPUGNANTES.**

TERCERO: Fluye de autos que los condenados interpusieron sus respectivos recursos impugnatorios, así se tiene:

3.1 La defensa técnica de Yur Diofanto Torres Belli fundamenta su recurso de nulidad –fojas 1068-, y sostiene: **i)** La empresa presuntamente agraviada no ha acreditado la pre-existencia del dinero u otro bien mueble, por tal razón no se puede subsumir la conducta de Torres Belli en el delito de robo agravado; **ii)** La ejecución del delito de robo no se habría iniciado, pues el hecho de que Yen Pizarro se ubique en la esquina del restaurante no es tentativa, sino actos preparatorios; **iii)** Respecto al delito de homicidio calificado, cuestiona que no se ha identificado plenamente al sujeto que realizó los disparos que ocasionó la muerte del agraviado Flores Zuloeta por lo que no se le puede imputar objetivamente dicho ilícito; **iv)** Los casquillos y proyectiles recogidos no pertenecen al arma de fuego utilizada para herir a Flores Zuloeta; la persona quien le disparó tenía un revolver calibre 38mm, y en el hipotético caso que Torres Belli haya participado en los hechos éste no fue quien le disparó al vigilante, pues supuestamente portaba una pistola con cacerina; **v)** La declaración primigenia del acusado Yen Pizarro se recogió violando su derecho de defensa y constituye prueba ilícita; **vi)** Las declaraciones de Yen Pizarro no constituyen prueba válida de cargo pues existe contradicciones entre éstas.

3.2 El abogado defensor del acusado Antony Javier Rodríguez Jaramillo fundamenta su recurso de nulidad –fojas 1076-, en el cual señala: **i)** No se ha logrado determinar con certeza que el procesado Rodríguez Jaramillo haya pretendido asaltar, conjuntamente con sus coprocesados, la pizzería Raúl; **ii)** Está probado que existe una versión uniforme a nivel policial, judicial y en el contradictorio oral por parte de su patrocinado; **iii)** El acta de registro vehicular, comiso de droga e incautación de arma de fuego de fojas 121, no está suscrita por Rodríguez Jaramillo; además, no cuenta con la participación del señor Fiscal por lo que carece de valor probatorio; **iv)** La versión primigenia de Yen Pizarro

no ha sido ratificada a nivel judicial ni en juicio oral, al no ser uniforme no puede constituir suficiente prueba de cargo; **v)** Su cliente, nunca estuvo en el lugar de los hechos, lo que se encuentra corroborado por las declaraciones testimoniales de Claudia del Rosario Lastra Cahuas, quien señala que estuvo con el procesado hasta las 21:00 horas el día de los hechos, además de la declaración de Alex Baltazar Jaramillo Magallanes, quien sostiene que a las 22:30 horas del mismo día se encontró en su domicilio con el procesado.

3.3 Finalmente, mediante escrito de fojas 1084, el abogado del sentenciado Luis Gonzalo Yen Pizarro argumentó su recurso impugnatorio, en el cual indicó: **i)** No existe prueba testimonial o instrumental que acredite que los coprocesados hayan querido asaltar el restaurante Pizzería Raúl; **ii)** No estuvo en el lugar de los hechos y de haber estado no existe prueba alguna del afán de atentar contra el patrimonio de la pizzería Raúl; **iii)** El acta de entrevista de fojas 38, se recabó con contravención al derecho de defensa del procesado y en caso contrario haya sido otorgada válidamente por éste, no concurren elementos objetivos que la corroboren; **iv)** No se han realizado las pericias para determinar que el impacto de bala que tiene en el cuerpo sean del arma del occiso y si la bala que le causó la muerte a éste haya sido disparada por Yen Pizarro. No se ha enervado su presunción de inocencia, por lo que solicita su absolución al igual que sus demás encausados.

• **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.**

CUARTO: De la revisión y análisis de los actuados se tiene que la materialidad del delito de homicidio calificado -previsto y sancionado en el inciso 2 del artículo 108 del Código Penal-, se encuentra categóricamente acreditada con el **Certificado de Necropsia** -fojas 48- y el **Informe Pericial de Necropsia Médico Legal N.º 000762-2014** -fojas 375- en donde se concluye que el diagnóstico de muerte del agraviado Juan Antonio Flores Zuloeta fue: *“Asfixia por obstrucción de vías aéreas con sangre; traumatismo torácico y 01 herida perforante en tórax”*, causado por proyectil de arma de fuego. Respecto al delito contra el patrimonio -robo agravado en grado de tentativa- en agravio de la Pizzería

Raúl queda corroborado con los medios de prueba e indicios que serán glosados y analizados por este Supremo Tribunal en la presente Ejecutoria Suprema.

4.1 Habiéndose acreditado la materialidad del delito corresponde evaluar los agravios expuestos por los sentenciados mediante sus recursos de nulidad, confrontándolos con los medios probatorios e indicios que fluyen en autos para determinar la responsabilidad penal de cada uno de éstos.

QUINTO: De la evaluación de los actuados converge la versión inculpativa por parte del ahora sentenciado Luis Gonzalo Yen Pizarro contra los coencausados Antony Javier Rodríguez Jaramillo y Yur Diofanto Torres Belli; en tal sentido, debe tomarse en cuenta lo señalado por esta Instancia Suprema. Conforme a los requerimientos del principio de presunción de inocencia, a las sindicaciones de un coimputado (la persona que está involucrada en los hechos inculpativos, sea en el mismo proceso o en otro a título de intervención delictiva), le son exigibles indefectiblemente un conjunto de condiciones para sustentar una condena contra los acusados. El juzgador no debe, de forma habitual o invariable, llegar a la certeza exigible para fundar una sentencia condenatoria con la sola acusación de un coimputado; no obstante, tampoco ha de relegarse su versión, la cual debe examinarse atendiendo el conjunto de factores específicos de la causa.

5.1 Ante todo, la versión inculpativa no debe fundarse en una objetivada finalidad de propia exculpación, o que esta se sustente en algún motivo de revancha, rencor o razón espuria. En este punto, se debe valorar la personalidad del delator, sus relaciones con los coimputados a quienes indica, además de las razones por las cuales lo hace; determinar si existe versión exculpativa de la propia responsabilidad penal.

5.2 Luego de cumplir las acotadas exigencias, la versión inculpativa deberá ser mínimamente acreditada por otras pruebas para dotarse de consistencia

plena, pues al proceder de un coacusado, por sí sola, no posee tal cualidad. Es preciso indicar que, el coimputado no tiene la calidad de testigo en el proceso penal, por tal motivo no rinde declaración en esta calidad, no se le puede aperebrir con la comisión de un delito de falso testimonio, aun cuando ya hubiere sido condenado. Para cumplir satisfactoriamente este grado de requerimiento, se debe tener presente:

5.2.1 La corroboración legalmente requerida deberá incurrir en la específica participación del coimputado en el delito.

5.2.2 Esta corroboración es una ratificación de otra prueba, la cual si fluctúa de manera individual no ostenta capacidad para enervar la presunción de inocencia.

5.2.3 Lo declarado por un coencausado no se erige como corroboración mínima de la declaración de otro coimputado; ni aun cuando sean dos coimputados quienes lo incriminen. Estas declaraciones se realizan acogidas en el derecho a no autoinculparse, de allí que por sí solas adolezcan de insuficiencia probatoria.

5.2.4 Los diversos elementos de credibilidad objetiva, vinculados a la incredibilidad subjetiva, a la persistencia y a la coherencia interna de la versión incriminatoria, carecen de relevancia como componentes externos de corroboración; en consecuencia, solo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia.

5.2.5 El requerimiento de corroboración será más exhaustivo cuando la sindicación fluya con alguna contradicción.

5.3 Por último, tales declaraciones se evalúan conforme al principio de libre valoración. La corroboración probatoria es una exigencia vital para la

aceptación y validación de una específica información acerca de los sucesos incriminados o de la participación delictiva del imputado en estos¹. Ahora bien, resulta oportuno verificar el cumplimiento de los mencionados acápites respecto a la valoración de la prueba, en concordancia con lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116.

-Respecto a la responsabilidad penal de los coencausados.-

SEXTO: Se tiene que los cargos efectuados por el Ministerio Público, así como la decisión condenatoria tienen como fundamento la versión incriminatoria del sentenciado Luis Gonzalo Yen Pizarro, en la cual sindicó al procesado Rodríguez Jaramillo como el chofer del vehículo de placa de rodaje N°A9O-130, con el cual intentaron robar la pizzería Raúl ubicada en el Cercado de Lima, pues a nivel preliminar –fojas 38- conforme acta de entrevista, en presencia del representante del Ministerio Público (garantía necesaria que la dota de validez) relató de manera detallada cómo ocurrieron los hechos materia de imputación, indicó que: “(...) fue partícipe en los hechos que se le pregunta”, que el 06 de marzo de 2014, a las 19:00 horas aproximadamente se comunicó de su celular N.º 991821606 a su conocido con el apelativo de “Vincha” para que le preste un dinero, el mismo que le dijo que no tenía y que lo iba a contactar con una persona a quien conoce como “Yur”, éste lo llamó y pactó una cita en la intersección de las calles Quilca con Pacasmayo. Cuando llegó al lugar, “encuentro a tres personas dentro del vehículo color azul o negro tipo auto, lunas polarizadas (...)”, en el asiento del copiloto estaba el conocido como “Yur”, al subir al auto le indicaron que darían vueltas por el lugar, “estuvimos a bordo del vehículo rondando la zona”, ellos le dijeron: “Ves esa pizzería Raúl frente al grifo bajando el puente, yo les dije sí, (...) me dijeron que iban a llevarse (asaltar) esa Pizzería”; el encausado señala que le indicaron que bajara del vehículo y que esperara en la esquina del local, cruzó las pistas y se dirigió directo a la Pizzería, “mis acompañantes me seguían detrás mío”, llegó a la reja

¹ Cfr. Recurso de Nulidad N.º 2318-2016/LAMBAYEQUE de 10 de febrero de 2017, considerandos décimo segundo y décimo tercero.

ubicada al lado de la pizzería cuando estuvo a *“tres metros de distancia aproximadamente de la puerta de dicho restaurante, me percaté también del vigilante quien se encontraba casi a dos metros de mi ubicación (...), el vigilante atento a nuestro accionar se dio cuenta lo que íbamos a cometer, por lo que ya tenía su arma de fuego en la mano (...) el resto de mis acompañantes que venían muy cerca de mí, también sacaron su arma de fuego (...),”* luego de haber sido herido con dos impactos de bala por parte del vigilante, indicó: *“escuché una balacera, que los disparos venían tanto de mis acompañantes como del vigilante; ante ello, me levanté y comencé a correr con dirección al carro que se encontraba estacionado adentro de la reja (...) se encontraban todos (Yur, el sujeto que era el chofer y Joel) (...),”* y se dieron a la fuga.

SÉPTIMO: De dicha sindicación y del análisis de los actuados, se aprecia que estos concurren con características de espontaneidad pues el mismo acusado Rodríguez Jaramillo así como el procesado Yen Pizarro han referido a la largo del proceso que se conocen desde que el primero de éstos le brindó servicios de taxi particular al segundo; en tal sentido, se advierte que no concurren elementos objetivos que corroboren que tal incriminación se encuentre motivada por sentimientos de odio concebidos con precedencia a los hechos incriminados en análisis; todo lo contrario concurren con espontaneidad. Se verifica el cumplimiento de la primera garantía, ausencia de incredibilidad subjetiva.

OCTAVO: Habiendo superado el primer tamiz, se verifica que en la misma acta de entrevista –fojas 38-, el acusado Yen Pizarro reconoció a su coencausado Antony Javier Rodríguez Jaramillo al ver la fotografía de éste en la ficha RENIEC que se le puso a la vista, indicó que: *“es el chofer que estuvo conmigo, Yur y Joel, durante la ideación, planeación y ejecución del crimen (...) donde resultara muerto el vigilante a quien no lo conozco (...);* además, aseveró que reconoce la foto de Rodríguez Jaramillo por su barbilla, por la cara alargada y que en ese momento tenía cabellos parados. Aunado a ellos, fluyen en autos otros órganos de prueba suficientes que corroboran la incriminación, como el

Parte N.º s/n REGPOL-CALLAO –fojas 55 y 56- donde consta que el acusado Yen Pizarro, al haber sido herido de bala fue auxiliado y conducido al hospital “San José” –Callao, en el vehículo de placa de rodaje N° A9O-430, taxi Remisse Azul, y que según refirió la persona de seguridad del hospital, el conductor de éste se habría negado a identificarse, consignando como hora de llegada de Yen Pizarro a las 22:50 horas. Esto resulta congruente con lo señalado por el propio acusado Rodríguez Jaramillo, quien a nivel policial, de instrucción y en el contradictorio oral –fojas 137, 334 y sesión de 20 de octubre de 2015, de fojas 978, respectivamente- indicó que trasladó al acusado Yen Pizarro al hospital San José entre las 22:30 y 23:00 horas.

NOVENO: Obra en autos el Dictamen Pericial Balística Forense N° 349/14 de fojas 185, donde se deja constancia que el 12 de marzo de 2014, los peritos del Área de Balística Forense de la OFICRI-DIRINCRI-PNP procedieron a efectuar la inspección balística en el vehículo, marca HYUNDAI, color azul, con placa de rodaje N° A9O-430, llegando a la conclusión: “El vehículo (...); al momento de la inspección balística, presentó un impacto ubicado en la parte anterior derecha del capot; producido por un proyectil disparado por arma de fuego calibre aproximado al 9mm. o su equivalente en pulgadas con una trayectoria de ADELANTE HACIA ATRÁS Y DERECHA A IZQUIERDA sin características de disparo a corta distancia”. Esto constituye un indicio de oportunidad material, los cuales están constituidos por la presencia del imputado en el lugar de los hechos al momento de la realización del delito o la posesión de instrumentos de la clase de aquella que se ha utilizado en la comisión del delito²; y esto último se advierte con el Acta de Registro vehicular, comiso de droga e incautación de arma de fuego –fojas 121- en la cual se consigna que al momento de la intervención del acusado Rodríguez Jaramillo se halló, en su vehículo de placa de rodaje A9O-430, un (01) revolver marca Cobra, 38 Special CTG, con número de serie limado y abastecido con seis (06) municiones calibre 38 SPL, marca Winchester; ahora bien, resulta coherente haber encontrado a uno de los

² En la Ejecutoria Suprema R.N. N.º 1827-98 del 25 de junio de 1998, se reconoce que la posesión de armas en un robo constituye un indicio de “capacidad comisiva” (vid., Rojas Vargas, *Jurisprudencia Procesal Penal*, T. II, p. 282).

acusados en posesión de un arma con la cual pretendió perpetrar el delito instruido en su contra, lo cual genera que se le vincule directamente con los hechos materia de proceso. A pesar que el imputado no suscribió el acta de registro vehicular, esto no desvirtúa el mérito probatorio preconstituido que ostentan tales instrumentales.

DÉCIMO: Respecto al indicio de la presencia del imputado Rodríguez Jaramillo en el lugar de los hechos, se debe acotar, que puede corroborarse con el dictamen balístico antes citado pues éste acredita rastros o huellas de la balacera producida en el lugar de los hechos, como lo es el impacto de bala en el capot del auto del acusado. Asimismo, como señala DÖHRING “Debe quedar claro que si bien el indicio de presencia en el lugar no basta para probar la participación en el delito”³ resulta un postulado vital para sostener una imputación. *Este indicio cobra una especial relevancia si el sospechoso no puede dar una explicación razonable de por qué estuvo en el lugar de los hechos al momento de cometerse el delito*⁴. Para ello, del análisis de las declaraciones del procesado Rodríguez Jaramillo se puede advertir: **a)** Que a nivel preliminar indicó que el día de los hechos recogió a su enamorada a las 8:00 horas y como ésta no quería ir a trabajar fueron a Plaza Norte hasta las 11:00 horas, momentos en que la convenció que vaya a su centro de labores; posteriormente, ella lo llama a las 14:30 horas para decirle que se sentía mal y fueron a su cuarto ubicado en la avenida Los Dominicos – Callao, donde estuvieron hasta las 21:00 horas; empero, a nivel de instrucción señaló que dejó a su enamorada temprano en su trabajo, luego ésta lo llama al rato y le dijo que se sentía mal, fue a recogerla estuvieron en su habitación antes mencionada desde las 10:30 hasta las 21:00 horas; **b)** En relación al impacto de bala en su auto, el acusado a nivel preliminar indicó que *“hace dos o tres semanas cuando me encontraba jugando pelota a espaldas de la casa de mi abuela, en horas de la noche, unos pandilleros comenzaron a pelearse con piedras,*

³ En GARCÍA CAVERO, Percy. *La Prueba por Indicios en el Proceso Penal*. Editorial Reforma. 2010. Lima. Página 52.

⁴ Así, DÖHRING, *La Prueba*, p. 291; GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, p. 261; Rosas Yataco, en *Anuario de Derecho Penal 2004: La reforma del proceso penal peruano*, Hurtado Pozo (director), p.300.

sonó la alarma de mi carro, yo seguí jugando pelota, cuando terminé y fui a ver mi carro constaté que tenía una abolladura en el capot delantero derecho, presumo que una piedra haya impactado a mi carro (...)"; ahora bien, esta respuesta resulta inverosímil para justificar tal vestigio, más aun si a nivel judicial señaló que la gresca entre pandilleros ya no era solo de piedras sino que se produjo un tiroteo (éste no lo indicó a nivel policial), luego del cual siguió jugando fútbol y recién al día siguiente se percató del hundimiento del capot del auto y que pensaba que fue causado por una piedra y no por un arma de fuego, finalmente a nivel de juicio oral indicó que la abolladura en su auto se produjo de una balacera donde una bala impactó en su vehículo; justificaciones contradictorias que no hacen más que mermar la credibilidad de lo declarado y afianzar la tesis inculpativa de haber estado en el lugar de los hechos con su auto para la perpetración de los delitos imputados; **c)** En el contradictorio oral –sesión de 20 de octubre de 2015, fojas 977- el acusado Rodríguez Jaramillo indicó que el día de los hechos entre las 22:30 y 23:00 horas estuvo en casa de su abuela, donde ingresó para usar los servicios higiénicos, cuando recibió la llamada del procesado Yen Pizarro solicitándole servicio de taxi, para que lo recoja en la intersección de las avenidas Universitaria y Morales Duarez, cuando llegó éste le solicitó que lo lleve al Hospital, refirió Rodríguez Jaramillo que vio mal a su coprocesado indicando que no lo acompañó a ingresar al nosocomio porque solo era un tema laboral; a nivel de instrucción señaló que al momento de llevar al encausado Yen Pizarro al hospital no notó que tuviera síntomas de encontrarse enfermo o herido y le cobró S/ 10.00 soles por el traslado. Ahora bien, además de esta notoria incongruencia en cuanto al estado de salud de Yen Pizarro, en el plenario, el acusado Rodríguez Jaramillo afirma no conocer a su coprocesado como "Chino", mientras que a nivel policial se refiere a éste con dicho apelativo, lo que denota por un lado la confianza que existía entre ellos y por otro lado su intención de evadir su responsabilidad penal pretendiendo desligarse de dicho procesado. En conclusión, estas malas justificaciones restan credibilidad a su versión y abonan el razonamiento acogido por la Sala Penal Superior en cuanto a la participación del imputado Rodríguez Jaramillo en los delitos materia de juzgamiento.

UNDÉCIMO: Aunado a lo expuesto, fluyen indicios de mala justificación como: **i)** El acusado Rodríguez Jaramillo, en juicio oral, ante la pregunta ¿Usted ha dicho que el día de los hechos él (Yen Pizarro) te llamó por teléfono, por qué no aparece una llamada de Yen Pizarro en tu celular?, respondió: *“No sabría decirle”*; en efecto, en el acta de lectura de agenda, llamadas (entrantes y salientes), mensajes de texto de teléfono celular realizado al N.º 991204525 – fojas 165- y acta de lectura y verificación de agenda, llamadas entrantes y salientes y mensajes de texto de teléfono móvil N.º de IMEI 102100276011040 – fojas 170- pertenecientes a Rodríguez Jaramillo no se registra llamada recibida alguna por su coprocesado Yen Pizarro a la hora que ha aseverado durante todo el proceso penal. Ahora bien, de las acotadas actas se advierte que Rodríguez Jaramillo realizó llamadas el 07 de marzo de 2014, al acusado Yen Pizarro a quien conocía y tenía en agenda telefónica como “El Xino” (véase pregunta 19 de declaración preliminar), lo que denota que al día siguiente de haberlo dejado en el hospital llamó insistentemente para saber su estado, intentando argumentar dicha conducta, a nivel policial, debido a que *“es chismoso y curioso y quería ver que es lo que había pasado (...) y después volvía a llamar y seguí insistiendo debido a que algo debió haber pasado, debido a que el denunciado no me contestaba (...)”*, justificaciones alejadas de toda lógica y sin un mínimo sustento probatorio que le quitan validez para ser tomadas como elementos de descargo a favor del procesado Rodríguez Jaramillo; en consecuencia, se mantiene incólume la imputación realizada por el Ministerio Público contra éste, y por los órganos de prueba e indicios antes glosados corresponde confirmar la condena respecto a éste procesado, quien además habría aceptado su participación en los ilícitos materia de juzgamiento, conforme fluye en la manifestación de efectivo policial Alejandro Morales Arias – fojas 528- quien lo intervino y refiere que éste aceptó haber estado presente como conductor de su vehículo al momento del robo frustrado, incluso pretendió negociar su libertad ofreciendo la ubicación de otro de los participantes, versión del policía Morales Arias que fue ratificado a nivel de juicio oral –véase sesión de 29 de octubre de 2015, fojas 988-.

DUODÉCIMO: No son atendibles los agravios de Rodríguez Jaramillo respecto a la valoración de sus testigos de descargo; toda vez que, una de ella era su pareja sentimental y señala que estuvo con él hasta las 21:00 horas del día de los hechos, y por otro lado su familiar, Alex Baltazar Jaramillo Magallanes, quien indicó haberse encontrado en su domicilio con el procesado a las 22:30 horas, declaraciones que no tienen sustento probatorio, deben ser tomadas con las reservas del caso y finalmente no desbaratan las tesis incriminatoria del Ministerio Público.

DÉCIMO TERCERO: Con relación a la responsabilidad Penal de Yen Pizarro, este Supremo Tribunal toma en cuenta lo establecido a través de la Ejecutoria Suprema N.º 3044-2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema como "precedente obligatorio" que señala: *"cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles —situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor-, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a una u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones que el Tribunal debe precisar cumplidamente—, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral (...) (fundamento jurídico 5)".* Hay que advertir que este procesado ha vertido declaraciones claramente diferentes y contradictorias entre si en las distintas etapas del proceso penal –acta de entrevista de fojas 38 con la presencia del representante del Ministerio Público, declaración instructiva de fojas 402 y a nivel del plenario en sesión de 01 de octubre de 2015 obrante a fojas 970-.

DÉCIMO CUARTO: Es preciso señalar que, el Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadano y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de su ley orgánica y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación. Asimismo, pese a su condición de defensor y de representante de la sociedad tanto en la persecución del delito como en los procesos penales, también es defensor de la juricidad; por eso, con el mismo rigor que persigue el delito (inciso 4º del artículo 159º de la Constitución) debe de velar por los derechos que otorga la misma constitución al inculpado. Esto que parece una contradicción deviene en una función de velar por la recta aplicación de un proceso justo y debido sin dejar indefensa la dignidad de todo ciudadano sea cual fuere su situación procesal.

DÉCIMO QUINTO: Según lo señalado en los dos considerando precedentes, esta Suprema Sala asume que lo declarado por el acusado Yen Pizarro en el acta de entrevista de fojas 38, resulta con mayor credibilidad, pues se ajusta de manera coherente a los elementos probatorios recabados en el proceso penal, no advirtiéndose vulneración de derecho alguno en esta diligencia que haya puesto en indefensión al procesado, pues tal declaración cumple con las garantías que la norma procesal señala y se ajusta a lo establecido en el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, el cual señala que la investigación policial tendrá validez cuando en ella intervenga el Fiscal, en caso contrario, no podrá ser apreciada por los jueces o tribunales; dicha premisa normativa ha sido corroborada en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico número ciento cincuenta y siete: *“En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62º del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el*

representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada".

DÉCIMO SEXTO: El citado precedente obligatorio recaído en el R.N. N.º 3044-2004, obliga a establecer las razones por las cuales se descartan las declaraciones realizadas a nivel de instrucción y juicio oral, y es lo que esta Sala Suprema detalla a continuación: **i)** El acusado Yen Pizarro en su declaración instructiva –fojas 402- señaló, que el día de los hechos a eso de las once de la noche se fue a ver a su cuñado Bruno Arescurenaga Gonzáles quien vive en el cruce de las avenidas Quilca y Perú en San Martín de Porres, cuando estaba por la avenida Quilca fue asaltado por tres sujetos, uno de ellos le disparó tres veces por oponer resistencia, dos balas le impactaron, solo pudo ver que se llevaban su arma Glock calibre 3.80 y *"lo único que pude hacer es tomar un taxi y que me llevará con dirección a mi casa"*, el relato rompe todas las reglas de la lógica pues al recibir dos impactos de bala (uno en el hombro y uno en el abdomen) lo más razonable y lógico es solicitar ayuda o acudir a un establecimiento médico; **ii)** El acusado sigue relatando y aseveró que al subir al taxi, el taxista se percató que *"estaba con dolor y herido y no quiso llevarme y me decía que me bajara (...) es así que me baja del carro en el cruce de Morales Duarez con Universitaria"*, en ese momento llamó desde su celular a su coencausado Rodríguez Jaramillo y éste lo lleva al hospital San José y en el camino llamó a su mamá para decirle que estaba camino al nosocomio. Como se ha indicado anteriormente, en los dos celulares de Rodríguez Jaramillo no figura llamada entrante alguna del acusado Yen Pizarro el 06 de marzo de 2014 entre las 22:30 y 23:00 horas; por lo tanto, dicha versión carece de sustento probatorio; abona tal razonamiento, que el procesado Yen Pizarro en el plenario –véase sesión de 29 de setiembre de 2015, fojas 963- indicó que luego del presunto llamado a su coprocesado, éste apareciera en menos de dos minutos, y en sesión de 24 de setiembre de 2015, de fojas 961, señala que Rodríguez Jaramillo llegó en menos de un minuto, hay una diferencia de un minuto entre sus respuestas lo que no resultaría inverosímil si no es porque resulta muy poco tiempo teniendo en cuenta la ubicación de la casa de la abuela de Rodríguez

Jaramillo, donde supuestamente usaba los servicios higiénicos; **iii)** En la última sesión citada, el acusado Yen Pizarro cuando llegó al hospital dijo que lo habían asaltado y que llamen a su madre; sin embargo, en el anterior acápite se ha señalado que éste, a nivel de instrucción, refirió que llamó a su madre cuando iba camino al hospital en el auto de su coprocesado; el relato no es coherente ni persistente, pues además se desacredita con lo manifestado por Silvia Liliana Pizarro Carvallo -mamá del acusado Yen Pizarro- quien a nivel preliminar –fojas 24- señaló que el 06 de marzo de 2014, a las 22:00 horas aproximadamente, estaba en su casa y recibió una llamada telefónica de parte de una señorita, quien le comunicó que su hijo estaba en el hospital San José del Callao. Las declaraciones a nivel judicial y a nivel plenarial están plagadas de inconsistencias y justificaciones carentes de persistencia y lógica por lo cual han sido descartadas al momento de la valoración probatoria. Se ha enervado la presunción de inocencia del acusado Yen Pizarro; en consecuencia, corresponde confirmar la recurrida en este extremo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Teniendo como válida la versión inculpativa del procesado Yen Pizarro a nivel policial, pues además de contar con los requisitos mínimos legales, de ésta se advierte que no es auto exculpativa; dicha versión fluye con espontaneidad, el relato resulta congruente y creíble al ser compulsado con los órganos de prueba actuados y valorados en el presente proceso. Así pues, los procesados se reunieron con el fin de asaltar el restaurante Pizzería Raúl ubicado en la avenida Colonial – Cercado de Lima-; el acusado Yen Pizarro reconoce plenamente a su coprocesado Torres Belli –véase acta de reconocimiento fotográfico de fojas 159- en donde en presencia de su abogado defensor, el representante del Ministerio Público y bajo el estricto cumplimiento de una diligencia de reconocimiento, reconoció a su coimputado Yur Diofanto Torres Belli entre 4 imágenes, indicando que éste participó junto con él en el robo agravado frustrado de la pizzería antes mencionada; es decir, se encontró con Torres Belli y Rodríguez Jaramillo para perpetrar el asalto.

- **Respecto a los delitos materia de imputación. Robo agravado en grado de tentativa y homicidio calificado.-**

DÉCIMO OCTAVO: El tipo penal previsto y sancionado en el artículo 188 del Código Penal, logra perfección delictiva cuando el agente consigue apoderarse del bien mueble ajeno; esto es, se produce el desplazamiento del ámbito de custodia del sujeto pasivo hacia el sujeto activo, quien a partir de dicho momento tiene capacidad de realizar actos de libre disposición sobre la cosa. El delito frustrado (tentativa) ha de fijarse a partir de que el autor acomete el despliegue de la fuerza física o desde que toma lugar la amenaza grave; antes de ello, solo existirán actos meramente preparatorios que de *lege lato* no son punibles. El inicio de la ejecución es la tentativa, ésta iniciación delictiva viene representada por actos fenoménicos exteriorizados en la realidad física, que por su concreta objetividad, permiten afirmar que la conducta atribuible al agente ingresa al ámbito de protección de la norma, generando un riesgo latente para la integridad de los intereses jurídicos protegidos (vida, cuerpo, salud, patrimonio, etc).

DÉCIMO NOVENO: La tentativa regulada en el artículo 16 del Código Sustantivo, presupone de manera expresa tres requisitos concurrentes: **i)** El sujeto activo se haya decidido a cometer el delito. **ii)** El agente comience la ejecución del delito que ha decidido cometer. **iii)** La ejecución del delito no devenga en consumación. Es decir, la decisión interna de cometer un delito debe ser exteriorizada en una conducta que satisfaga el principio de ejecución. El agente no solo debe realizar una conducta que objetivamente represente el comienzo de la ejecución del hecho delictivo, sino que tal conducta debe haber sido realizada estando dirigida subjetivamente a su consumación, que finalmente no se produce.

VIGÉSIMO: La Sala Sentenciadora estudió y analizó el acervo probatorio, puesto que valoró la declaración a nivel preliminar del acusado Yen Pizarro -folios 38-, quien refirió ser culpable de los hechos incriminados en su contra y narró los hechos materia de juzgamiento conforme es de verse en el considerando sexto de la presente Ejecutoria Suprema. Relató, que el conocido como “Yur” estaba de copiloto cuando abordó el auto de Rodríguez Jaramillo en el cual estuvieron rondando la zona, cuando dijeron “Ves esa Pizzería Raúl frente al grifo bajando el puente, (...) me dijeron que iban a llevársela (asaltar) esa pizzería”, le señalaron que baje del auto y que esperará en la esquina del local, cruzó la pista, se dirigió directo al restaurante, “mis acompañantes seguían detrás de mí”, y al llegar a tres metro de distancia de la puerta, se percató que el vigilante, quien estaba a unos dos metros de distancia, **“atento a nuestro accionar, se dio cuenta de lo que íbamos a cometer (...) el resto de mis acompañantes que venían muy cerca de mí, también sacaron sus armas de fuego (...)”**, luego de haber sido herido de dos impactos de bala por parte del vigilante, Yen Pizarro señaló que escuchó una balacera, fuego cruzado entre sus coprocesados y el vigilante, se levantó con dirección al auto donde estaban todos y fugaron. Narración que encuentra sustento en lo declarado por José Francisco Huamán Portales –fojas 35- quien era cocinero de la pizzería y refirió que cuando incursionaron los delincuentes escuchó un disparo, luego fueron siete disparos que venían de la parte externa, luego de diez segundos aproximadamente salió, sintiendo olor a pólvora cerca de la puerta había sangre, el vigilante se resistió al asalto usó su armamento contra los facinerosos, quienes huyeron a bordo de un vehículo color oscuro.

VIGÉSIMO PRIMERO: Conforme señala el artículo 23 del Código Penal, la autoría se presenta cuando los encausados tienen codominio del hecho; es decir, los sujetos activos del delito tendrán que planificar y acordar la ejecución del hecho delictivo, repartiéndose cada uno el rol específico a efectuar, debiendo determinarse que la realización en común del delito se fundamenta en el principio de división del trabajo, por lo que teniendo en cuenta la forma, modo y circunstancias de cómo se desarrolló los hechos materia de juzgamiento,

considerando que el accionar de los procesados Yen Pizarro, Rodríguez Jaramillo y Torres Belli refleja una marcada distribución de funciones en el momento ejecutivo (mientras Yen Pizarro se bajó del auto de Rodríguez Jaramillo con dirección al restaurante dando inicio a la ejecución del delito de robo pues esto significa la exteorización de la conducta con actos idóneos e inequívocos dirigidos a la consumación del hecho. Conforme lo declaró el acusado Yen Pizarro, Rodríguez Jaramillo iba al volante de su auto y Torres Belli se situaba de copiloto, éstos iban detrás de él, ambos con armas de fuego, y como ya lo habían señalado iban a asaltar dicho restaurante (previamente al accionar delictivo coordinaron su ejecución), ilícito que con el traslado de los procesados al lugar a robar, premunidos con armas de fuego y con el descenso de Yen Pizarro se supera la etapa de actos preparatorios. Por otro lado, como señala FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntarias (externas o accidentales)⁵. En tal sentido, la conducta de los procesados reúne los tres requisitos que configuran la autoría; es decir, decisión común destinada al concreto logro del resultado, aporte esencial realizado y el formar parte en la fase de ejecución y desplegar un dominio parcial del hecho, que finalmente no se consumó puesto que fueron repelidos por el vigilante particular occiso Juan Antonio Flores Zuloeta quien se percató del despliegue delictivo de los procesados y disparó contra ellos e hirió a Yen Pizarro por lo que quedo en tentativa.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Respecto al delito de homicidio calificado, es notable la participación delictiva de los encausados en la muerte del agraviado Flores Zuloeta, pues aunque no se determinó quien disparó, los imputados tienen la condición de co-partícipes en el hecho común ya que resulta indiscutible que el plan criminal de los agentes en el hecho ameritaba el uso de armas de fuego con el fin de amenazar a sus víctimas y utilizarlas en el supuesto que ocurra una circunstancia tal que los obligue a disparar contra sus ocasionales

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima, Grijley, 2006, p. 420.

antagonistas; dicho esto, y conforme como se ha señalado, los encausados intervinieron en la ejecución del hecho y se encontraban presentes en la escena del crimen, en el espacio geográfico donde se produjo la balacera por lo que se le debe inculpar, a título de autores, el resultado muerte del agraviado. De hecho, lo realizado por los acusados no fue una acción individual, al margen de la voluntad común o determinación conjunta al hecho, la presencia de éstos en tal lugar, uno de ellos herido, la fuga del lugar previos disparos de armas de fuego dan cuenta que sin tu intervención no pudo tener lugar el atentado patrimonial y ulterior ataque de arma de fuego a la víctima. Cabe precisar que la precisión referente al título de participación delictiva no colisiona ni transgrede el principio acusatorio; toda vez que, no se alteran, en lo esencial, los hechos imputados, ni el de contradicción precisamente porque la acusación fiscal encuadró la calificación de autoría o propiamente de coautoría.

VIGÉSIMO TERCERO: De todo lo expuesto, se observa que atendiendo a una valoración global de los órganos de prueba e indicios, estos demuestran la responsabilidad penal de los recurrentes, quienes desplegaron su conducta con el objetivo de robar el restaurante pizzería Raúl y cuando iniciaron la ejecución del ilícito fueron repelidos por un agente particular de dicho local, quien hirió a uno de los delincuentes, generando que sus coautores le disparen y le quiten la vida. En conclusión, ha quedado enervada la inicial presunción de inocencia que les asistía y corroborada la responsabilidad penal en los hechos imputados, así como la imposición de la pena acorde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad; conforme a lo establecido en los artículos 45 y 46 del Código Penal. En cuanto al monto fijado por concepto de reparación civil, en virtud al artículo 93 del Código Penal, que establece que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, estando a la forma y circunstancias en que aconteció el delito imputado, consideramos que el monto fijado por dicho concepto en la sentencia recurrida resulta proporcional al daño o puesta en peligro ocasionado a los bienes jurídicos que protege los tipos penales imputados. Lo dictado por la Sala

Superior se encuentra arreglado a ley, debiendo mantener la pena y reparación civil impuesta.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **declararon: NO HABER NULIDAD** contra la sentencia de 12 de enero de 2016, de fojas 1051, expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **condenó** a YUR DIOFANTO TORRES BELLI, ANTONY JAVIER RODRÍGUEZ JARAMILLO Y LUIS GONZALO YEN PIZARRO como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado en tentativa–, en agravio de Restaurant Pizza Raúl; y como autores del delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio calificado– en agravio de Juan Antonio Flores Zuloeta, a **treinta** años de pena privativa de libertad. Con lo demás que contiene, y los devolvieron.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

ZCH/jjcn