

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

Lima, dieciséis de julio de dos mil diez.

VISTOS; oído el informe oral; recurso de nulidad interpuesto por los encausados SILVER MOZOMBITE ISMINIO y HEBERT VALOIS JARA ICHO, y por la señora FISCAL SUPERIOR DE SAN MARTÍN contra la sentencia de fojas mil trescientos cinco, del uno de julio de dos mil nueve, que condenó a: Silver Mozombite Isminio como cómplice y Herbert Valois Jara Icho como autor del delito de robo agravado en agravio de Viajes Arkanita Tours y autores del robo agravado en agravio de Avícola Don Pollo, y al segundo también como autor del delito de robo agravado en agravio de la trabajadora de Agropecuaria San Martín, y les impuso dieciocho años de pena privativa de libertad, así como fijó en tres mil nuevos soles el monto de la reparación civil que abonarán solidariamente, sin perjuicio de devolver el dinero indebidamente apropiado.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el encausado Silver Mozombite Isminio en su recurso formalizado de fojas mil trescientos cuarenta y uno alega que en el acto oral negó los cargos formulados en su contra y que en la fecha de los robos que se le atribuyen no se encontraba en Tarapoto. Indica que la única prueba de cargo en su contra es la incriminación no uniforme de la encausada Mónica Cherly Vásquez Isminio y que no existe sindicación de los agraviados ni de los testigos presenciales. Insiste en que Mónica Vásquez Isminio, Magdalena Ríos Pérez y Suly Ríos Jesús no concurrieron al juicio oral.

SEGUNDO: Que el encausado Hebert Valois Jara Icho en su recurso formalizado de fojas mil trescientos cuarenta y cinco sostiene que no es autor de los delitos que se le atribuyen. Resalta que la única prueba de cargo es la

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

declaración no uniforme de la condenada Mónica Cherly Vásquez Isminio. El Tribunal ha tomado en cuenta las versiones no persistentes de Flores Luna, Ríos Jesús, Ríos Pérez y Quiñones Segarra; que la policía adulteró las manifestaciones de los testigos, y que fue involucrado por haber sido inquilino del acusado ausente Carlos Mozombite Isminio. Además, las testigos Mónica Vásquez Isminio, Magdalena Ríos Pérez y Suly Ríos Jesús no concurrieron al acto oral.

TERCERO: Que la señora Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil trescientos cincuenta aduce que *la* pena impuesta no es proporcional a los delitos cometidos, por lo que se debe incrementar el *quantum* de la misma. Se cometió varios delitos en concurso real, en menos de tres meses, quienes estaban gozando de beneficios penitenciarios, incluso tienen la calidad de reincidentes. Insiste que se les debe imponer la pena máxima

CUARTO: Que, según la acusación fiscal de fojas novecientos doce y novecientos cuarenta y cuatro, se han cometido tres robos agravados. Así,

- A. El día veintiséis de julio de dos mil seis, como a la uno y treinta de la madrugada, los encausados Carlos Mozombite Isminio, Hebert Valois Jara Icho y Silver Mozombite Isminio, conjuntamente con los sentenciados Edil Rolando Flores Luna, Luis Erickson Flores Luna y Mónica Cherly Vásquez Isminio, premunidos de armas de fuego y con el rostro descubierto, interceptaron a los trabajadores de la agencia de viajes Arkanita Tours Ramírez Ropas, Gonzáles Pezo, Espinoza Macedo, Huancaruna Tenorio, Ramírez Rojas, Chujutalli Pezo y Panduro Pinedo cuando parte de ellos se encontraban en el frontis de la referida agencia y otros habían ingresado al local, luego de haber cobrado sus haberes del cajero automático del Banco de la Nación, y les sustrajeron el dinero que llevaban en sus carteras.
- B. El día diez de octubre de dos mil seis, como a las once de la mañana,

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

cuando Dolly Lisette Quiñones Zegarra, empleada de la empresa agropecuaria "San Martín", se encontraba en la Urbanización FONAVI de Tarapoto, en el interior de la camioneta de la empresa que se hallaba sobreparada esperando una gestión que realizaba el chofer Esaú Gatica Silva, fue sorprendida por los encausados Carlos Mozombite Isminio y Hebert Valois Jara Icho, quienes le arrebataron treinta mil nuevos soles producto del cobro de un cheque, cuatrocientos cincuenta nuevos soles correspondiente al importe de cien Mares que había cambiado, doscientos cincuenta nuevos soles que había retirado de su cuenta bancaria y treinta y cinco nuevos soles que llevaba en su bolso. Luego del robo los delincuentes se dieron a la fuga.

- C. El día veintiocho de agosto de dos mil seis, como a las dos y cincuenta de la madrugada, en circunstancias en que la agraviada Suly Rios Jesús salía de su domicilio en una motocicleta lineal fue interceptada por los encausados Carlos Mozombite Isminio y Silver Mozombite Isminio, quienes tenían el rostro cubierto y portaban armas de fuego, y le sustrajeron su mochila conteniendo siete mil nuevos soles producto de las ventas de la empresa en la que trabaja, Avícola Don Pollo, así como su motocicleta, con la cual se dieron a la fuga.

QUINTO: Que mediante sentencia anticipada de fojas ochocientos cuarenta y cuatro, del ocho de junio de dos mil siete, se condenó a los encausados Edil Rolando Flores Luna, Mónica Cherly Vásquez Isminio y Luis Erickson Flores Luna como cómplices —primario al primero, y secundario los demás- del delito de robo agravado en agravio de la Agencia de Viajes Arkanita Tours, y se reservó el proceso contra los acusados Carlos y Silver Mozombite Isminio y Hebert Valois Jara Icho.

SEXTO: Que, en cuanto al robo agravado en perjuicio de la Agencia de Viajes

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

Arkanita Tours, el condenado Flores Luna menciona la intervención delictiva de los encausados Mozombite Isminio y Jara Icho —manifestación policial de fojas veinticuatro e instructiva de fojas doscientos ochenta y ocho-. En igual sentido se pronunció la condenada Vásquez Isminio —manifestación de fojas setenta y nueve, acta de entrevista de fojas ciento veintisiete, instructiva de fojas doscientos cuarenta y siete y reconocimiento de fojas cuatrocientos cincuenta y tres-. El condenado Flores Luna en sede preliminar a fojas treinta y tres los involucró, aunque relativiza su participación en su instructiva de fojas doscientos ochenta y cuatro, pero los vio portando tres bultos sustraídos a esa empresa. Los empleados de la Agencia de Viajes no pueden reconocer a los referidos imputados, y los condenados antes mencionados en sede plenarial se retractan de sus iniciales incriminaciones —fojas mil ciento cincuenta y tres y mil doscientos siete-. Es significativa la declaración en el acto oral de la encausada Monita Cherly Vásquez Isminio pues su exposición refleja una clara intimidación para reiterar lo que anotó en sede preliminar y sumarial.

Si se tiene en cuenta las primeras declaraciones de sus coimputados -que por su inmediatez y coherencia expositiva merecen credibilidad en desmedro de sus inexplicables retractaciones producidas en el plenario [llama la atención a este respecto la conducta de la condenada Vásquez Isminio que reflejó el estado de temor en que se encontraba para ratificar en el acto oral lo que expresó en las fases anteriores del proceso] y el hecho de que las sindicaciones provienen de fuentes distintas, así como que no existen motivos para que inicialmente le formulen cargos por motivos gratuitos, es de concluir que existen pruebas suficientes que acreditan que los acusados intervinieron dolosamente en la comisión del delito en cuestión.

Es de insistir, conforme a la jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, que el órgano jurisdiccional puede valorar indistintamente las declaraciones contradictorias de una persona prestada en sede de instrucción y plenarial, teniendo en cuenta, primero, las condiciones de validez de la

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

declaración sumarial -legalidad interna e incorporación al debate plenarial-, y, segundo, los correspondientes criterios de valoración. En este último caso se ha de tomar en cuenta las circunstancias de la causa, sin perjuicio de formular las explicaciones o justificaciones correspondientes de su mayor credibilidad objetiva. Por otro lado, el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales autoriza al Tribunal sentenciador apreciar y valorar las declaraciones de la instrucción.

SÉPTIMO: Que, respecto del robo agravado en agravio de Agropecuaria San Martín, éste se acredita con las declaraciones uniformes de los empleados Quiñones Segarra y Gatica Silva Esaú, y del representante legal de dicha empresa Marlene Piña Ramírez de fojas cuatrocientos cincuenta y siete. En cuanto a sus autores, la empleada Quiñones Zegarra identificó como tal a Hebert Valois Jara Icho -acta de reconocimiento de fojas ciento diecisiete-. También reconoce la moto utilizada en el robo, que es de propiedad de Carlos Mozombite Isminio -así lo expresó su conviviente Ríos Pérez en su manifestación de fojas cuarenta y dos, a quien se le incautó ese vehículo menor (acta de fojas ciento treinta)-. El encausado Jara Icho vivía en el domicilio de Carlos Mozombite Isminio, por tanto, es evidente que hizo uso de esa moto para delinquir. Además, se dio a la fuga cuando la policía intervino ese inmueble.

Aún cuando la testigo presencial Quiñones Segarra en sede plenarial puede precisar quiénes la asaltaron (fojas mil doscientos cincuenta y uno), su primera y segunda versión -cuya intermediación y precisión no deja dudas de su credibilidad- y el hecho de la incautación de la motocicleta utilizada para el robo, que se encontraba precisamente en la casa habitada por el imputado Jara Icho, constituyen elementos de prueba suficiente para concluir que es autor del referido delito.

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

OCTAVO: Que, en lo concerniente al robo agravado en agravio de Avícola Don Pollo, la testigo presencial -quien fue intimidada por los delincuentes-, Suly Ríos Jesús no puede identificar a los autores porque se encontraban con pasamontañas -fojas cuarenta, noventa y cuatro y quinientos noventa y dos-. La sentenciada Vásquez Isminio en un primer momento señaló que los encausados Carlos y Silver Mozombite Isminio, al igual que Jara Icho y Flores Luna participaron en ese robo —manifestación de fojas setenta y nueve y acta de entrevista de fojas ciento veintisiete-, pero luego en sede judicial se retracta —instructiva de fojas doscientos cuarenta y seis y declaración plenaria de fojas mil doscientos siete-. Como esa condenada no ha sido persistente y, en especial, en sede sumarial no reiteró su versión policial —distinto de lo analizado en los casos anteriores-, y en vista que la víctima no puede reconocer a los imputados, quienes protestan inocencia, es de concluir que los elementos de prueba de cargo son insuficientes para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia.

NOVENO: Que acreditada la, comisión de dos robos, en concurso real —respecto del encausado Jara Icho-, es de aplicación el artículo cincuenta del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos treinta. Los robos fueron perpetrados por una pluralidad de personas y a mano armada (no se dan las circunstancias de casa habitada y en horas de la noche o en lugar desolado: no se incursionó a una vivienda —distinto de un local empresarial- ni se aprovechó de la nocturnidad, aislamiento o soledad del lugar para robar —no se puede confundir las horas de la noche con una situación de oscuridad y, por tanto, de facilitación de robo y de mayor indefensión de la víctima): artículo ciento ochenta y nueve, incisos tres y cuatro, del Código Penal. Los autores actuaron planificadamente y registran antecedentes penales: Jara Icho es reincidente: artículo cuarenta y seis-B del Código Penal (véase sentencia condenatoria de fojas mil doscientos ,sesenta y siete, referida

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

a un delito de robo agravado cometido el trece de junio de dos mil por la que se le impuso once años de pena privativa de libertad), no así Silver Mozombite Isminio, quien aún cuando fue condenado en dos oportunidades (fojas mil cuarenta y mil cuarenta y seis), esos dos delitos objeto de sanción se cometieron antes de entrar en vigencia la Ley número veintiocho mil setecientos veintiséis, del nueve de mayo) de dos mil seis, que instituyó la reincidencia en nuestro ordenamiento penal.

En tal virtud, la pena debe ser aumentada pero sólo hasta el límite del requerimiento fiscal. La naturaleza dispositiva del sistema recursal impide imponer una pena superior a la pretensión fiscal ya consolidada y que ha dado lugar a la competencia funcional de este Supremo Tribunal. El Fiscal solicitó veinte años de pena privativa de libertad, por lo que para el encausado Jara Icho debe fijarse como pena total ese máximo, aún cuando merecería una pena muy superior a la impuesta —el error del Tribunal Superior e, inicialmente, del Fiscal Superior, ya estabilizado en primera instancia, no puede ser subsanado en esta instancia-. Para el caso del encausado Silver Mozombite Isminio, como cometió un delito de robo con las agravantes antes mencionadas, debe configurarse la pena en atención a los factores ya enunciados. Rigen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal y, desde una perspectiva global, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

1. Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos cinco, del uno de julio de dos mil nueve, en cuanto condenó a Silver Mozombite Isminio y Hebert Valois Jara Icho como autores del delito de robo agravado en agravio de Avícola Don Pollo; con lo demás que al

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

respecto contiene; reformándola en este extremo: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por ese delito y la referida agraviada; MANDARON se archive el proceso provisionalmente en ese extremo y se ANULEN los antecedentes policiales y judiciales de ambos imputados.

1. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en la parte que condenó a Hebert Valois Jara Icho como autor del delito de robo agravado en agravio de la agencia de viajes "Arkanita Tours" y la trabajadora de la Agropecuaria San Martín, y a Silver Mozombite Isminio como cómplice del delito de robo agravado en agravio de Arkanita Tours.
3. Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que impuso a los encausados Hebert Valois Jara Icho y Silver Mozombite Isminio dieciocho años de pena privativa de libertad; reformándola: **IMPUSIERON** al primero, Hebert Valois Jara Icho, veinte años de pena privativa de libertad que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el veintiocho de septiembre de dos mil siete -y no erróneamente desde el trece de junio de dos mil siete como se consignó en la sentencia (ver fojas ochocientos setenta y uno)- , vencerá el veintisiete de septiembre de dos mil veintisiete; y, al segundo, Silver Mozombite Isminio, doce años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el siete de mayo de dos mil nueve -y no desde el ocho de septiembre de dos mil ocho como erróneamente se consignó en la sentencia (ver fojas mil ciento cuarenta y ocho)-vencerá el seis de mayo de dos mil veintiuno.
4. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. Y los devolvieron.-

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 3616-2009

SAN MARTÍN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO