

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

SENTENCIA CASATORIA

Lima, quince de julio de dos mil trece.-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por la defensa técnica de la encausada Francisca Correa Montenegro contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete, que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que la condenó como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., y revocó el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Que, llevado a cabo el proceso penal, el Fiscal Provincial Penal Corporativo de Jaén, por requerimiento fiscal del diecisiete de marzo de dos mil once -fojas quince- solicitó se imponga treinta años de pena privativa de libertad a los encausados Gilberto Castillo Díaz, como autor y **Francisca Correa Montenegro**, a título de cómplice primaria, por el presunto delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor, ilícito previsto y sancionado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., así como el pago de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LÁMBAYEQUE

5 cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil de manera solidaria a favor de la menor antes referida.

1.2. Así, por resolución del veintisiete de mayo de dos mil once -fojas treinta- se dictó auto de enjuiciamiento, llevándose a cabo el juicio oral contra la encausada Francisca Correa Montenegro, pues el encausado Castillo Díaz fue declarado reo contumaz; y concluidos los debates orales, se emitió sentencia el trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro-, que falló condenado a la antes referida, como cómplice primaria del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo ciento setenta y tres segundo párrafo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R. a treinta años de pena privativa de la libertad, y fijó la suma de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha menor.

1.3. Leída la sentencia en audiencia privada, la condenada interpuso recurso de apelación dentro el plazo de ley, fundamentándola por escrito del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiuna- y concedido el mismo, por resolución del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiocho- se elevaron los autos al Superior jerárquico, donde se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de apelación de sentencia.

1.4. Que, llevada a cabo la audiencia de apelación, se emitió sentencia de vista el veintisiete de setiembre de dos mil once -fojas ciento cincuenta y siete-, de cuyo análisis se desprende que a criterio del A quem el grado de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

complicidad de la imputada sólo fue secundario, pues si bien colaboró en alguna de las oportunidades que el imputado Castillo Díaz ultrajó a la menor agraviada, la conducta desplegada por dicha imputada no fue determinante para la realización del hecho punible, razón por la cual consideró necesaria la graduación de la pena impuesta primumgeniamente; de esta manera, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la acusada Correa Montenegro, como cómplice, y revocó la pena impuesta de treinta años y reformándola se le impuso diez años de pena privativa de libertad.

1.5. Leída la sentencia de vista en audiencia privada, la encausada Correa Montenegro interpuso recurso de casación, dentro del plazo señalado en la ley procesal, y fundamentado por escrito del once de octubre de dos mil once -fojas ciento sesenta y cuatro- invocando como causal el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, motivo por el cual por resolución del trece de octubre de dos mil once -fojas ciento setenta y uno- la Sala Descentralizada y de Apelación de Jaén concedió el recurso de casación, disponiendo se eleven los autos al Supremo Tribunal.

1.6. Elevados los autos a este Supremo Tribunal, con fecha siete de noviembre de dos mil once, y cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, por Ejecutoría Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, en uso de sus facultades, declaró inadmisibile el recurso de casación por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

5
la presunta causal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, y declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

7. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, que se llevará en audiencia privada, con las partes que asistan.

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

2.1. Como se estableció por Ejecutoria Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de la Ley penal, al considerar un interés casacional a fin que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria, conforme al inciso cuarto de artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal y por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

III. GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA COMPLICIDAD:

3.1. La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir, que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no sólo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes.

3.2. Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la inducción (tradicionalmente conocida como autoría intelectual). En torno a la segunda sólo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

3.3. No existe una diferencia establecida en el Código Penal en torno a que debe entenderse por autoría y que ha de entenderse por complicidad. De ahí que es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para establecer una diferenciación entre ambos niveles de intervención.

3.4. En primer lugar, puede adoptarse la teoría del injusto único de intervención. Según esta teoría no existe una distinción, a efectos de la configuración del injusto, entre la autoría y la participación. Ambas categorías sólo serán diferenciables al momento de la determinación de la pena, siendo que el autor recibirá una mayor pena y el cómplice una menor.

3.5. Debido a que la autoría y la participación no son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En ese sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo; asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe.

3.6. Una consecuencia adicional de adoptar esta teoría es que desaparece la accesoriadad, como criterio fundamentador de la responsabilidad del partícipe.

3.7. En segundo lugar, tenemos las teorías restrictivas, las cuales han sido acogidas en este Supremo Tribunal y el Tribunal Constitucional, que son las que adoptamos; siendo ilustrativa al respecto la sentencia Nº 1805-2005-HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, en el que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En este línea de desarrollo, el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. De esta forma, el Supremo interprete de la Constitución recoge una posición doctrinal de larga tradición, y que, además, ha servido de fundamento para gran parte de los pronunciamientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

judiciales de los últimos años¹², teoría que conforme detallaremos, debe ser considerada como punto de inicio para el análisis sobre el tópico sub examine, para luego ser complementada por criterios provenientes de las teorías normativistas, dada la objeción

¹ Subraya el Tribunal Constitucional que, "No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva.

El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación.

El artículo 23.º de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a]quel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" (Derecho Penal Alemán, Parte General, Edición 11ª Editorial Jurídica, 1976, p. 143). Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuya accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución."

² En esta misma línea argumental, se tiene la sentencia del 6 de junio de 2005, recaída en el expediente N° 4118 - 2004-HC/TC, cuyos criterios en los que se funda esta sentencia: "tienen efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos conforme al artículo 6 del título preliminar del Código Procesal Constitucional"; criterios que sintetizamos a continuación: I.- "La participación delictiva se encuentra prevista en el capítulo IV, Título Segundo, del Libro Primero de nuestro Código Penal. Las formas de participación reconocidas en nuestro Código Penal son dos: la inducción y la complicidad"; y II.- "la participación delictiva es un ilícito penal regulado en la Parte General del Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

a la teoría del dominio del hecho al "estar anclad(a) en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido, fundamentalmente social – normativo"³.

3.8. De estas, es la teoría del dominio del hecho la que mayor acogida ha tenido. Según esta teoría será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo. De otro lado, el partícipe, será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.

3.9. La complicidad, es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito.

3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de **complicidad primaria** aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos.

3.11. De otro lado, la **complicidad secundaria** se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de

³ Mir Puig, Derecho Penal. Parte general, cit., p. 366, citado por el Maestro San Marquino Javier Villa Stein en su obra Derecho Penal – Parte General, Tercera Edición aumentada y actualizada, Grijley, Lima 2008, p.315.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

3 *aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía.*

8 3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.

9 3.13. En el análisis subjetivo tiene que determinarse si la conducta fue realizada o no de forma dolosa. Nuestro Código Penal sólo admite la posibilidad de una participación dolosa, distinto a lo que prevé la doctrina. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito.

10 3.14. Estando a los fundamentos esgrimidos, podemos arribar a la conclusión que existen conductas desarrolladas por algunos sujetos que si bien pueden evidenciar una forma de aporte para la perpetración de un hecho, lo cual significaría que estamos ante un acto objetivo de complicidad; sin embargo, luego de realizado el análisis objetivo, debe establecerse el análisis subjetivo, buscando concretamente determinar si el aporte fue realizado de manera dolosa, para los efectos de arribar a la conclusión de si aquel aporte alcanzan una responsabilidad penal.

11 **IV. LA PRUEBA DEL DOLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

4.1. La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada.

4.2. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatarse al observar una resolución y analizar que el Juzgador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo.

4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible -al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual- determinar que es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación.

4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.

4.6. Por ejemplo, si un policía tiene un arma y dispara a un delincuente en la cabeza, de forma innecesaria más aún cuando el delincuente estaba desarmado, podríamos considerar que estamos frente a un hecho doloso. En este caso, el policía sabe que el disparo que el realiza tendrá como efecto la muerte de la persona.

4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica⁴. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente.

4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad.

4.9. En consecuencia, estando a los argumentos antes esgrimidos este Supremo Tribunal considera que debe establecerse como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o

⁴ Ragués i Valle Ramón, Consideraciones sobre la prueba del Dolo, Revista de Estudios de la Justicia N° 4 año 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

segundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por él imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

4.10. Siendo así, en el caso de autos se advierte que a Correa Montenegro se le imputó el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primaria**; argumentando que la menor de iniciales R.N.S.N. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz), en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio, en el cementerio y en tres de dichas oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la referida encausada. Bajo el grado de complicidad primaria es que se le procesó y finalmente en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro- se le condenó a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación, llevada a cabo la audiencia respectiva, la Sala Superior emitió sentencia el veintisiete de setiembre de dos mil once -fojas ciento cincuenta y siete- en la cual se arribó a la conclusión que la conducta desplegada por la encausada era en grado de complicidad secundaria mas no primaria, motivo por el cual se procedió a reformar el extremo de la pena en atención al segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal, imponiendo la sanción de diez años de pena privativa de libertad.

Desde nuestra perspectiva, y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva - superando una perspectiva ontológica -, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el derecho penal.

4.11. Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva de la conducta, debemos afirmar la proceda no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada.

4.12. En consecuencia, es evidente que en el caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo veinticinco del Código Penal, relativo a que tanto el Juzgado Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezca no sólo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita).

4.13. Cabe indicar que en el caso sub examine se ha producido una votación en mayoría, por lo tanto, se ha resuelto los de la materia, de conformidad con el artículo cuatrocientos treinta y uno inciso cuarto *in fine* del Código Procesal Penal.

IV. DECISIÓN:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

Por estos fundamentos: Declararon **por mayoría**:

I. **FUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que condenó a Francisca Correa Montenegro como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R.; reformándola: la **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención;

III. **DISPUSIERON:** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales que se hubieran generado como consecuencia del presente proceso y el archivo definitivo de la presente causa;

IV. **ORDENARON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado por autoridad competente; **oficiándose** vía fax con tal fin a la Sala Superior correspondiente, para los fines consiguientes.

V. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial, que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto, deberá analizarse la conducta del imputado desde la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

perspectiva de los criterios de imputación objetiva, teniendo punto de inicial para el análisis, la teoría del dominio del hecho.

VI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

PRINCIPE TRUJILLO

ROZAS ESCALANTE

18 8 MAR 2014


Dr. Luis Jorge Ojeda Bolognini
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Homicidio culposo y posición de garante de los directores de centros educativos

El procesado GILBERTO BERROSPI MORI, en su condición de director del centro educativo y organizador del paseo escolar ocasionado el veintiocho de septiembre de dos mil trece, tuvo que haber desplegado y adaptado las medidas de protección necesarias para garantizar la vida e integridad de los estudiantes.

En el plano objetivo, su deber de protección se intensificó si la actividad pedagógica se iba a efectuar en un lugar de espaciamiento que se encontraba muy cerca del río Huánuco. En tal escenario, no era imprevisible que los menores, en grupo o individualmente, se apartaran de la vista y del punto de concentración, y se dirigiesen a zonas alejadas. De este modo, además de los tutores y profesores, su presencia era imprescindible, como máxima autoridad.

Seguidamente, en el aspecto subjetivo, se afirma, razonablemente, que los riesgos eran claramente previsible o cognoscibles para él.

Se observan determinadas circunstancias que no reflejan un comportamiento prudente y que, a pesar de ello, no fueron ponderadas en su real dimensión por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

Todo ello, conlleva a establecer que GILBERTO BERROSPI MORI no cumplió su rol de garante e infringió deberes de cuidado.

En adición a lo razonado, se aprecia que no fue correcta la subsunción del *factum* incriminado. En observancia del principio de legalidad, se debió tipificar en el artículo 111, segundo párrafo, del Código Penal. En el caso, es evidente la "inobservancia de las reglas de profesión".

En consecuencia, en las sentencias de primera y segunda instancia sometidas a control casacional, no se aplicó adecuadamente el artículo 111 del Código Penal. Esto compromete negativamente la legalidad de la decisión judicial absolutaria que, por ende, no puede ser subsanada o corregida. En esa línea, el artículo 150, literal d, del Código Procesal Penal autoriza a declarar su nulidad.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de septiembre de dos mil veinte

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de vista del trece de mayo de dos mil diecinueve (foja 885), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que por mayoría confirmó la sentencia de primera instancia del cinco de febrero de dos mil diecinueve (foja 559), que absolvió a GILBERTO BERROSPI MORI del requerimiento de acusación como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio culposo, en agravio de Jorge Anthony Estela Ortega.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHAVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. Según el requerimiento de acusación del nueve de abril de dos mil quince (foja 104 del cuaderno respectivo) y su subsanación del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis (foja 240 del cuaderno correspondiente), los hechos incriminados por el representante del Ministerio Público fueron los siguientes:

- 1.1. El diecisiete de septiembre de dos mil trece, se reunieron el director, subdirector y profesores de la institución educativa El Amauta José Carlos Mariátegui, y acordaron que el veintiocho de septiembre del mismo año se realizaría un paseo estudiantil por el Día de la Juventud. También se convino que la custodia y resguardo de los alumnos sería responsabilidad de los tutores de cada aula con aval del director. El segundo grado de secundaria, en el que cursaba estudios el agraviado Jorge Anthony Estela Ortega, estaba a cargo del director GILBERTO BERROSPÍ MORI y del tutor Adrián Ferrer Chávez. Todo ello consta en acta.
- 1.2. El veintiocho de septiembre de dos mil trece, entre las 08:30 y 09:30 horas, los alumnos partieron con destino al centro recreacional "El Ranchito", sito en las Pampas, Tomaykichwa, Ambo. Llegaron a las 10:00 horas y se dispersaron por la zona. El docente Adrián Ferrer Chávez se reunió con sus colegas en una choza del lugar y bebieron gaseosa. Por su parte, el director GILBERTO BERROSPÍ MORI no concurrió a la excursión. De este modo, el primero actuó con descuido y negligencia y omitió desplegar la vigilancia respectiva, mientras que el segundo infringió el artículo 18, literal b, del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la institución educativa.
- 1.3. Durante la mañana, los alumnos Nayhely Estefany Jara Fuentes, Yersly Arleth Celis Chamorro y Jorge Anthony Estela Ortega se dirigieron hacia el río Huallaga, ubicado a ciento setenta metros del recreo. Para ello, atravesaron una acequia de dos metros de profundidad y un metro y medio de ancho. Cuando llegaron, encontraron al estudiante Brayan Huamali Chauca que estaba nadando en el río Huallaga. Luego, el tercero y cuarto de los mencionados empezaron a jugar lanzando una pelota hacia el río, pero hubo un momento en que esta no retornó. Por ello, la víctima Jorge Anthony Estela Ortega, con el propósito de recuperar el balón, se dirigió hacia la rivera, dejó de estar a la vista de sus compañeras y, transcurridos diez minutos, ellos comenzaron a buscarlo, pero no lo ubicaron.
- 1.4. A las 11:00 horas, en inmediaciones del puente Sancarraga, Ambo, los menores Antony Rivera Japa y Víctor Francisco

Mansilla Japa se percataron que en el río Huallaga había un cuerpo atascada en una roca. Se trataba del agraviado Jorge Anthony Estela Ortega, quien había fallecido.

- 1.5. El cadáver estuvo tendido en la rivera del río Huallaga, en el sector Casa Blanca. Después de una hora, llegaron los representantes del Ministerio Público para realizar el levantamiento respectivo. En ningún momento aparecieron los procesados Adrián Ferrer Chóvez y GILBERTO BERROSPÍ MORI.
- 1.6. El examen de necropsia determinó que la muerte se produjo por: edema cerebral y pulmonar, y asfixia por sumersión (ahogamiento); en tanto que, el agente causante fue: medio líquido.
- 1.7. En concreto, al encausado GILBERTO BERROSPÍ MORI se le atribuye lo siguiente:
 - A. Omitió cumplir lo pactado en el acta de reunión respectivo que tuvo como agenda: "Paseo por el día de la juventud", de cuyo tenor se advierte: "Los paseos serán los días 21 y 28 de septiembre, asumiendo la responsabilidad los tutores con el aval de la dirección"; así, también infringió el artículo, 66 literal d, del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la institución educativa El Amauta José Carlos Mariátegui, que estipulaba como funciones de los profesores y asesores del aula: "Acompañar y vigilar a sus alumnos durante las actividades como festividades, campeonatos escolares internos, paseos y otras".
 - B. No asistió al paseo.
 - C. No solicitó autorización y aprobación para realizar el recorrido a la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) de Huónuco, no efectuó el plan cautelar de seguridad estudiantil ni desarrolló medidas preventivas mínimas para el resguardo de los escolares, de acuerdo con el segundo objetivo y la quinta disposición general de la Resolución Ministerial número 0394-2008-ED, del quince de octubre de dos mil ocho, que preveían: "Cautelar la integridad de los estudiantes durante su participación en excursiones o visitas programadas por las instituciones educativas" y "Los Directores de las instituciones educativas, a nivel nacional, son los responsables de autorizar las excursiones a visitas de los estudiantes, debiendo contarse previamente para su ejecución, con la aprobación de la Unidad de Gestión Educativa Local correspondiente".
 - D. No supervisó la prestación de auxilio inmediato a la víctima Jorge Anthony Estela Ortega.

Se imputó el delito de homicidio culposo, por comisión por omisión. Los hechos fueron calificados en el artículo 111 primer párrafo del Código Penal. Se solicitó la imposición de ocho meses de pena

privativa de libertad, así como el pago de la reparación civil de S/ 30 000 (treinta mil soles).

Segundo. Llevado a cabo el juicio oral, el Juzgado Penal Unipersonal, mediante sentencia del cinco de febrero de dos mil diecinueve (foja 559), absolvió a GILBERTO BERROSPI MORI del requerimiento de acusación como autor del delito de homicidio culposo, en agravio de Jorge Anthony Estela Ortega.

Tercero. Contra la mencionada sentencia, la señora fiscal adjunto provincial y el actor civil (en representación de Jorge Anthony Estela Ortega) interpusieron los recursos de apelación del cinco de marzo de dos mil diecinueve (fojas 593 y 615).

Dichas impugnaciones fueron concedidas por auto del siete de marzo de dos mil diecinueve (foja 662). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

Cuarto. En la audiencia de apelación, según emerge del acta (foja 878), no se incorporaron ni actuaron medios probatorios. Solo se expusieron las alegaciones de los partes procesales intervinientes.

A su turno, la Sala Penal Superior, a través de la sentencia de vista del trece de mayo de dos mil diecinueve (foja 885), confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió a GILBERTO BERROSPI MORI del requerimiento de acusación como autor del delito de homicidio culposo, en agravio de Jorge Anthony Estela Ortega.

Los argumentos de la decisión fueron los siguientes:

- 4.1.** En primer lugar, GILBERTO BERROSPI MORI no asistió al paseo escolar, pues tuvo tratamiento médico y delegó esa facultad al subdirector. Empero, si verificó que los alumnos abordaran los vehículos de transporte. Además, el informe y el memorando concernidos reflejaron que tomó medidas preliminares para la realización del paseo e impuso a los docentes la obligación de remitir la nómina de alumnos participantes a su cargo. Ello acredita el cuidado debido.
- 4.2.** En segundo lugar, el acta de reunión del diecisiete de septiembre de dos mil trece y el Reglamento de Organización y Funciones de la institución educativa El Amauta José Carlos Mariátegui establecieron que los responsables del cuidado eran los profesores tutores.
- 4.3.** En tercer lugar, el término "con el aval del director" no genera un deber objetivo de cuidado.
- 4.4.** En cuarto lugar, la falta de autorización de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) de Huánuco no fue determinante para el resultado muerte, pues, incluso con su emisión formal, era obvio

que hubo una autopuesta en peligro de la víctima Jorge Anthony Estela Ortega, por ello, no hubo relación de causalidad.

Quinto. Frente a lo sentencio de vista, el señor FISCAL SUPERIOR formalizó el recurso de casación del siete de junio de dos mil diecinueve (foja 963).

Puntualizó el artículo 427, numeral 4, y las causales previstas en el artículo 429, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal.

Mediante auto del once de junio de dos mil diecinueve (foja 972), la impugnación fue admitida. El expediente judicial fue remitido a este Tribunal Supremo.

§ II. Del procedimiento en la Sede Suprema

Sexto. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación del seis de septiembre de dos mil diecinueve (foja 63 del cuaderno supremo).

Se aplicó la doctrina de la voluntad impugnativa y se declaró inadmisibile el recurso de casación del señor FISCAL SUPERIOR por las causales estatuidas en el artículo 429, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal; en cambio, se concedió la casación por la causal prevista en el numeral 3.

Séptimo. Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones correspondientes (fojas 70 a 73 del cuaderno supremo).

Posteriormente, se emitió el decreto del diecinueve de agosto de dos mil veinte (foja 98 del cuaderno supremo), que señaló el dos de septiembre del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

Octavo. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión pública. Llevada a cabo la votación, y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Como se indicó, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por el señor FISCAL SUPERIOR por la causal contenida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

El motivo casacional se circunscribe a dilucidar dos aspectos: en primer lugar, si GILBERTO BERROSPÍ MORI, según su posición funcional y la normativa, detentó rol de garante con relación al agraviado Jorge Anthony Estela Ortega y, en segundo lugar, si existió una correcta aplicación del artículo 111, primer párrafo, del Código Penal.

Segundo. Los delitos imprudentes engloban una multiplicidad de conductas, por lo que, en la realidad, no es posible describirlas con

exoclitud. Se trata de tipos penales abiertos, que "requieren de una norma de cuidado para identificar el correspondiente deber de cuidado y, con ello, complete o cierre el tipo penal"¹.

En esa óptica, la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de un comportamiento que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso, mediante una acción evitable que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará a través de la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta. Por su parte, la norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento o en disposiciones particulares y, desde luego, basarse en la experiencia. La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma acción. Así, pues, el resultado debe ser evitable, conforme a un análisis ex ante².

Sobre la imprudencia y su gravedad, es preciso verificar la concurrencia de los siguientes parámetros:

De un lado, la perspectiva objetiva o externa, que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor vinculada con tres tópicos: a) al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales; b) al grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (o mayor utilidad social mayores niveles de permisividad de riesgo); y, c) a la importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente (cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado).

Y de otro lado, la perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo (a mayor previsibilidad o

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Editora jurídica Grifley, 2006. p. 383.

² SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de casación número 1086/2018, del veintidós de julio de dos mil veinte, fundamento de derecho cuarto.

cognoscibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración)³.

Tercero. A partir de lo puntualizado, no cabe duda de que GILBERTO BERROSPÍ MORI, en su condición de director del centro educativo y organizador del paseo escolar ocurrido el veintiocho de septiembre de dos mil trece, tuvo que haber desplegado y adoptado las medidas de protección necesarias para garantizar la vida e integridad de los estudiantes.

En el plano objetivo, su deber de protección se intensifica si la actividad pedagógica se iba a efectuar en un lugar de esparcimiento que se encontraba muy cerca del río Huallago. En tal escenario, no era imprevisible que los menores, en grupo o individualmente, se apartaran de la vista y del punto de concentración, y se dirigiesen a zonas alejadas. De este modo, además de los tutores y profesores, su presencia era imprescindible, como máxima autoridad.

Quiénes asistieron al evento eran menores de edad, integrantes del segundo grado de educación secundaria (con edades promedio de trece y catorce años), por ello, no bastaba con emitir meras indicaciones, verificar su simple cumplimiento o encomendar funciones a los docentes de inferior rango; por el contrario, al poseer un nivel superior y contar con capacidad de decisión, era indispensable su participación activa antes, durante y después del evento suscitado.

Si GILBERTO BERROSPÍ MORI no estuvo en condiciones de participar, de modo diligente, debió haber suspendido o postergado el paseo. Empero, no lo hizo y se limitó, primero, a delegar funciones y, después, a cerciorarse si los estudiantes asistieron o no.

Seguidamente, en el aspecto subjetivo, se afirma, razonablemente, que los riesgos eran claramente previsibles o cognoscibles para él.

Cuarto. Se observan determinadas circunstancias que no reflejan un comportamiento prudente y que, a pesar de ello, no fueron ponderados en su real dimensión por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

En primer lugar, GILBERTO BERROSPÍ MORI no solicitó la autorización a la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) de Huánuco para llevar a cabo el paseo escolar, aun cuando, se trataba de un mandato expreso sobre el cual no se previeron excepciones. Tal situación resultó sumamente relevante, pues se trata de una infracción directa a la normativa de la entidad pública a la que está vinculado

³ SALA DE LO PENAL, Tribunal Supremo de España, Recurso de casación número 2491/2017, del veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, fundamento de derecho tercero.

funcionalmente por razón de su cargo. La falta de comunicación oficial, viabilizó una práctica informal y temeraria.

En segundo lugar, no acompañó a los estudiantes y tutores para verificar el cumplimiento de los fines de la excursión y los acuerdos de salvaguarda previamente estipulados. No bastaba con una simple delegación de funciones, pues, al tratarse de menores de edad, el control, vigilancia y supervisión deben ser permanentes y rigurosos, más aún cuando se trata de actividades recreativas y de dispersión. En este punto, infringió la reglamentación interna de la institución educativa El Amauta José Carlos Mariótegui.

Todo ello, conlleva a establecer que GILBERTO BERROSPÍ MORI no cumplió su rol de garante e infringió deberes de cuidado.

Quinto. En adición a lo razonado, se aprecia que no fue correcta la subsunción del *factum* incriminada. De acuerdo con el principio de legalidad, este debió tipificarse en el artículo 111, segundo párrafo, del Código Penal. En el caso, es evidente la "inobservancia de las reglas de profesión".

Sexto. En consecuencia, en las sentencias de primero y segunda instancia, sometidas a control casacional, no se aplicó adecuadamente el artículo 111 del Código Penal.

Esto compromete negativamente la legalidad de la decisión judicial absolutoria que, por ende, no puede ser subsanada o corregida. En esa línea, el artículo 150, literal d, del Código Procesal Penal autoriza a declarar su nulidad.

En aplicación del artículo 433, numeral 2, del Código Procesal Penal, corresponde remitir los actuados a otro órgano judicial de primera instancia, a fin de que, previa realización del juicio oral, emita la sentencia correspondiente teniendo en consideración lo expuesto en la presente sentencia de casación.

El recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR se declaró fundado.

DECISIÓN

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

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de vista del trece de mayo de dos mil diecinueve (foja 885), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que por mayoría confirmó la sentencia de primera instancia del cinco de febrero de dos mil diecinueve (foja 559), que absolvió a GILBERTO BERROSPÍ MORI del requerimiento de acusación como autor del

delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio culposo, en agravio de Jarge Anthony Estela Ortega.

- II. **CASARON** lo sentencia de vista del trece de mayo de dos mil diecinueve (foja 885) y **DECLARARON NULA** la sentencia de primera instancia del cinco de febrero de dos mil diecinueve (foja 559), que absolvió a **GILBERTO BERROSPI MORI** del requerimiento de acusación como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio culposo, en agravio de Jorge Anthony Estela Ortega.
- III. **ORDENARON** la realización de un nuevo juicio oral de primera instancia a cargo de otro órgano judicial; en caso de mediar recurso de apelación, deberá ser evaluado por una Sala Penal Superior distinta.
- IV. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- V. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase sober.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS
COAGUILA CHÁVEZ
CCH/ecb

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1510-2018/PIURA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito culposo. Defecto estructural de sentencia. Nulidad de oficio

Sumilla. 1. El injusto del delito culposo de resultado requiere como elementos necesarios: (i) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro –deber de previsión– y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; (ii) la causación o producción de un resultado socialmente dañoso o nexos causal –la infracción o la lesión del deber objetivo de cuidado ha de haber repercutido sobre el resultado acaecido, ha de haber sido provocado causalmente por la acción del agente–; y, (iii) la imputación objetiva del resultado en su consecuencia final, atendiendo al fin de protección de la norma, al nexo de contrariedad al deber y al principio de autorresponsabilidad. 2. Las opiniones contradictorias de médicos especializados respecto de un dato necesario para la configuración de la inferencia probatoria, no ha sido contrastado y, desde la información de los médicos convocados al proceso para que presten testifical, se tiene dos respuestas distintas, sin mayor análisis y juicio pericial específico de expertos en esa parcela específica del saber médico. El análisis de la sentencia de vista no contempló en modo alguno una argumentación en este extremo y, por ende, no verificó si la máxima de experiencia es la que se dice que debió aplicarse. Además, se oralizó prueba documental respecto de intervenciones con anestesia general, pero sobre este punto no se hizo el menor análisis, pese a su relevancia para determinar la existencia de una práctica en este sentido. La sentencia, por tanto, tiene un vicio de motivación insubsanable: es incompleta, tanto por el alcance de la excepcionalidad del contexto cuanto por la máxima de experiencia aplicada, con pretensiones de generalidad y sin excepciones. 3. El artículo 432, apartado 1, del Código Procesal Penal autoriza a la Sala de Casación anular la sentencia impugnada en cuestiones declarables de oficio, y una de ellas es cuando se presente un defecto estructural de la sentencia como consecuencia de un defecto constitucional de motivación, al amparo de la concordancia de los artículos 150, literal d), y 394, inciso 3 (motivación completa), del Código Procesal Penal, así como 139, numeral 5, de la Constitución.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación interpuesto por el encausado EDUARDO MARÓN KU LU contra la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y cuatro, de diecinueve de junio de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos setenta, de veinte de marzo de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de lesiones culposas agravadas en agravio de María Mercedes y María Julia Coronado Magín a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, e inhabilitación

por un año de su actividad médica, así como al pago total de setecientos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el fiscal provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Castilla por requerimiento de fojas veintinueve, de quince de agosto de dos mil catorce, formuló acusación contra PALMIRA ELIDA PALMA ALFARO DE MORALES, MANUEL EDMUNDO AVELLANEDA HERRERA, DAVID MARIO ROJAS GUEVARA, GIANCARLO JOSÉ GUFFANTI ACOSTA y MARGARITA FIDELA TORRES CANO DE CARRANZA –a quienes en un primer momento la Fiscalía requirió el sobreseimiento–, así como contra Eduardo Ku Lu, el cual fue acusado previamente, en un escrito diferente, como autores del delito de lesiones culposas graves (artículo 121, numeral 2, del Código Penal, concordante con el artículo 124, segundo párrafo, del mismo cuerpo legal) en agravio de las menores hermanas María Julia y María Mercedes Coronado Magín.

∞ El Primer Juzgado Penal Unipersonal de Piura, tras el juicio oral, público y contradictorio, emitió la sentencia de fojas seiscientos setenta, de veinte de marzo de dos mil dieciocho, en el extremo que condenó a Eduardo Ku Lu como autor del delito de lesiones culposas agravadas en agravio María Mercedes y María Julia Coronado Magín a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, e inhabilitación por un año de su actividad médica, así como al pago total de setecientos mil soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia –ratificada por la sentencia de vista– declaró probado lo siguiente:

- A.** El siete de marzo de dos mil nueve la señora Julia Magín Matios alumbró de manera prematura –veintiocho semanas de gestación–, vía parto natural, a dos niñas gemelas, María Julia y María Mercedes Coronado Magín, en el Hospital Cayetano Heredia de la ciudad de Piura. Al día siguiente se dio de alta a la madre de la menores, pero las niñas agraviadas quedaron internadas debido a su bajo peso (menos de un kilo con doscientos gramos) y porque corrían el riesgo encontrarse afectadas por una enfermedad denominada “Retinopatía de la Prematuridad” (ROP), que consiste en una afectación del órgano visual que si no es tratada en su debida oportunidad puede causar ceguera irreversible, pues los bebés nacen sin completar su desarrollo intrauterino.
- B.** De esta manera, conforme a la Directiva número cero dos – GCPSESSALUD – dos mil ocho, de veintinueve de abril de dos mil ocho

“Programa Nacional de Prevención de la ceguera infantil por retinopatía de la prematuridad”, las menores agraviadas debían ser evaluadas dentro de la cuarta semana de nacimiento con la finalidad de realizarse el tamizaje y descartar la presencia de ROP. En Piura, ya se había instalado dicho programa, sin embargo las aludidas menores agraviadas nunca fueron atendidas y, por tal razón, quedaron ciegas.

- C. Es del caso que el día dos de abril de dos mil nueve (cuando las menores tenían menos de un mes de nacidas), la pediatra neonatóloga Palmira Elida Palma Alfaro de Morales –del Hospital Cayetano Heredia–, mediante el documento denominado “interconsulta”, solicitó que los oftalmólogos del Instituto Peruano de Oftalmología (IPO) entrenados en ROP, instalado en el mismo edificio del referido hospital, acudan al Servicio de Neonatología con la finalidad que evalúen el aparato visual de las recién nacidas, entre ellos, las menores agraviadas María Julia y María Mercedes Coronado Magín, y descarten la presencia de ROP.
- D. Sin embargo, el médico especialista en ROP del IPO, doctor Carlos Alberto Ñique Butrón, fue desplazado a Sullana, por lo que la “interconsulta” fue recibida por la anestesióloga del IPO (entidad responsable del “Programa Nacional de Prevención de la Ceguera Infantil por Retinopatía de la Prematuridad”), doctora Katherine Sarmiento Rojas, quien consultó previamente a su jefe Carlos Vásquez Eurasquín (sub director de Servicios Finales del IPO), y consignó en la “interconsulta” que las pacientes pasen a programación para el mes de mayo, cuando regrese el médico especialista en ROP, y que las niñas sean evaluadas después de la sexta semana de nacimiento.
- E. Verificado este trámite, la aludida anestesióloga devolvió las “interconsultas” al doctor Eduardo Maron Ku Lu, quien era el oftalmólogo de turno del IPO no especializado en ROP, el cual atendía en consultorios externos, quien se limitó a consignar que las menores agraviadas requerían cita para examen bajo anestesia general y que pasen a programación. De esta manera, se omitió el Protocolo respectivo que recomendaba que la evaluación de los recién nacidos prematuros, con un peso menor a un kilo con doscientos gramos, con veintiocho semanas de nacidos, debe realizarse dentro de las cuatro semanas de nacimiento.
- F. Por su parte, el quince de abril de dos mil nueve la pediatra neonatóloga Palmira Elida Palma Alfaro de Morales comunicó, mediante carta número cero dos – dos mil nueve, a su superior inmediato, doctor Luis Ramos Ramos (jefe del Servicio de Pediatría y Neonatología), que las menores no estaban siendo atendidas ni se había descartado la presencia de ROP. A modo de respuesta el mencionado médico le respondió, a través de la carta número ochenta y siete – SERV – PED.HIIICH – RAPI.ESSALUD – dos mil nueve, de veinticuatro de abril de dos mil nueve, que los oftalmólogos

están incumpliendo con la evaluación de los bebes prematuros en riesgo ROP y que tal situación ha sido informada al doctor Luis Humberto Pongo Águila, en su calidad de director del IPO.

- G. Asimismo, el citado jefe del Servicio de Pediatría y Neonatología, doctor Luis Ramos Ramos, informó a su superior, doctor Ricardo Mendoza Agurto, quien el quince de abril de dos mil nueve puso en conocimiento de estos hechos a la Gerencia de la Red Asistencial de Essalud de Piura, lo que originó que en esa misma fecha el gerente de la Red Asistencia de Essalud Piura, doctor Víctor Velarde Arrunátegui, curse una carta al director del IPO, doctor Luis Humberto Pongo Águila, a efectos de que los oftalmólogos de dicho instituto evalúen a las menores agraviadas, entre otros bebes que estaban en las mismas condiciones, no obstante este último nunca respondió.
- H. Así las cosas, el diecisiete de abril de dos mil nueve la pediatra neonatóloga Palmira Elida Palma Alfaro de Morales dio de alta a la menor María Mercedes y el veinticuatro de abril del mismo año a María Julia, por lo que las atenciones a las bebes se empezaron a realizar de manera externa.
- I. Finalmente, ante la sospecha de la presencia de ROP, en julio de dos mil nueve, las menores agraviadas fueron atendidas externamente en Lima por recomendación de la pediatra neonatóloga Palmira Elida Palma Alfaro de Morales. Allí se diagnosticó que las niñas perdieron la vista: María Julia Coronado Magín en un ochenta por ciento, mientras que María Mercedes Coronado Magín en un su totalidad.

TERCERO. Que, continuando el trámite de la causa, la sentencia condenatoria de primera instancia fue apelada por el imputado por escrito de fojas setecientos diecisiete, de cinco de abril de dos mil dieciocho. La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, previo procedimiento impugnativo, mediante la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y cuatro, de diecinueve de junio de dos mil dieciocho confirmó la sentencia de primera instancia.

∞ Los fundamentos de la sentencia de vista fueron los siguientes:

- A. Según la Directiva de la Gerencia Central de Prestaciones número cero dos - GCPSESSALUD - dos mil ocho el tamizaje de retinopatía de la prematuridad es realizado por el oftalmólogo donde se encuentra el recién nacido mediante oftalmoscopia indirecta. Sin embargo, el encausado Ku Lu dispuso la aplicación de anestesia general, siendo ello innecesario, de suerte que retrasó la atención de las menores agraviadas.
- B. El imputado Ku Lu no efectuó el seguimiento correspondiente luego de que las menores agraviadas fueron dadas de alta e incumplió así el apartado siete punto cinco de la Directiva antes señalada. No cumplió con su deber de garante.
- C. El hecho que exista una sentencia condenatoria contra Luis Humberto Pongo Águila, quien fuera director del IPO, por desarticular el programa

de ROP en Piura, de ninguna manera puede menguar la responsabilidad penal del imputado, ya que incrementó el riesgo permitido el inobservar la Directiva, pues innecesariamente dispuso que se aplique anestesia general a la menores agraviadas, así como no monitoreó que se realice el triaje a la brevedad posible. En consecuencia, se trató de hechos muy diferentes a los que fue condenado el médico Pongo Águila, no obstante guardar relación o conexión.

CUARTO. Que el encausado Ku Lu interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, mediante escrito de fojas mil treinta y uno, de veinte de agosto de dos mil dieciocho, el cual fue concedido mediante auto de fojas mil ciento treinta y siete, de veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho.

QUINTO. Que el encausado Ku Lu mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Invocó las causales de casación de infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 3 y 5, del Código Procesal Penal –en materia de responsabilidad civil se vulneró el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial porque se modificó los alcances de una sentencia anterior por el mismo bloque de hechos en relación a las agraviadas antes citadas; y, sobre la prescripción, se infringió los alcances de la sentencia vinculante trescientos treinta y dos – dos mil quince/El Santa–.

o Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se determine si dos personas pueden ser autores de un mismo hecho a título de culpa en el marco de la comisión de dos conductas culposas concurrentes, si media una sentencia anterior que definió un marco fáctico determinado; que si el recurrente no tenía posición de garante y carecía de autoridad en el Hospital, puede atribuírsele responsabilidad penal respecto del resultado lesiones graves para las menores agraviadas al no ser especialista en retinopatía de la prematuridad ni ser el médico encargado del programa de Retinopatía de la Prematuridad; que solo intervino en una interconsulta y no fue quien programó cita de evaluación a partir de mayo de dos mil nueve (setenta y cinco días después que nacieron las agraviadas prematuras).

SEXTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y nueve, de cinco de abril de dos mil diecinueve, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso pero por el motivo de infracción de precepto material.

o Al respecto, la Ejecutoria Suprema precisó que el planteamiento excepcional tiene relevancia en función a un ámbito especializado sobre la responsabilidad penal del profesional médico, actividad en que han concurrido varios

profesionales en su ámbito concreto de competencia. Además, existe un fallo anterior, del que cabe dilucidar si limitaba el *factum* y actuación médica solo al condenado en esa primera sentencia. Asimismo, cabe definir esta cadena de intervención de profesionales médicos, el valor de la primera sentencia y, desde lo que el recurrente concretamente hizo y debió esperarse que haga en función a la *lex artis*, los niveles de conocimiento técnico profesional del agente delictivo y en qué consistió su ejercicio profesional responsable.

∞ El tipo imprudente si bien no acepta la coautoría, si es posible, según su rol, la autoría de diversos agentes en su comisión en función a los hechos en los que interviene, en la cadena de distribución de competencias.

SÉPTIMO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve, y realizada ésta con la concurrencia de la defensa del imputado, abogada Roxana Vera Jiménez, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y dar lectura de la misma en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, según la acusación oral transcrita en el acta de fojas seiscientos cincuenta, la médico tratante de las menores agraviadas María Mercedes y María Julia Coronado Magín, internadas en la Unidad de Cuidados Intensivos y, luego, en la Unidad de Cuidados Intermedios, era la doctora Palmira Palma Alfaro, médico pediatra del Área de Neonatología; que el día dos de abril de ese año, dos mil nueve, se generó interconsultas a favor de las agraviadas por parte de la citada médico, doctora Palma Alfaro, con destino al Instituto Peruano de Oftalmología de Piura, que tiene su sede en el mismo Hospital Cayetano Heredia de Piura, para descarte de "Retinopatía de la Prematuridad" (ROP). El encausado Eduardo Marón Ku Lu, médico oftalmólogo experto en cirugía Vitro Retinal -asignado al Área Retinal-, pero no en el procedimiento de tamizaje en ROP -procedimiento que consta de realizar una evaluación de fondo de ojos en poblaciones en riesgo para advertir la posible presencia de una anomalía en la retina-, que lo eran los doctores Carlos Ñique Butrón y Robert Zúñiga Alfaro (específicamente el primero), ese mismo día respondió la interconsulta y consignó en la historia clínica que las niñas pasen a programación porque el examen requiere anestesia general; que en esa sede, de Anestesiología, se señaló, por parte de la doctora Katherine Sarmiento Rojas, médico

anestesióloga, que las agraviadas pasen a programación en mayo porque el médico oftalmólogo encargado del Programa de Retinopatía de la Prematuridad regresaría ese mes, lo cual se hizo previo consentimiento del encausado Ku Lu; que, ante ello, la doctora Palma Alfaro, el día quince de abril, elevó una carta al Jefe del Servicio de Pediatría, doctor Ramos Ramos, por la que implícitamente cuestiona la demora en Oftalmología, no obstante lo cual y pese a conocer que las niñas no habían sido evaluadas, los días diecisiete y veintiuno de abril da de alta a las dos menores agraviadas; que ya el día dos de junio, a instancia de la madre de las agraviadas, al acudir al Hospital con sus niñas y ser remitida a Oftalmología, el doctor Zúñiga Alfaro, del IPO, las derivó para su atención inmediata a Lima; que, según la Directiva 02-2008, de veintinueve de abril de dos mil ocho, vigente cuando nacieron las agraviadas, el examen debió ser realizado en la Sala de Neonatología por el médico oftalmólogo, quien al llegar la interconsulta debe acudir a donde está internado el menor y allí evaluar y descartar la “Retinopatía de la Prematuridad” (ROP), no siendo recomendable una anestesia general –información proporcionada por los doctores Ñique Butrón y Sarmiento Rojas–; que el encausado Ku Lu, por ser oftalmólogo estaba en la capacidad para realizar el tamizaje; y, al no hacerlo, generó un retraso que determinó la lesión grave sufrida por las agraviadas.

∞ El Tribunal Superior, en la sentencia de vista, asumió estas afirmaciones y consideraciones. Afirmó, asimismo, que el encausado, doctor Ku Lu, tenía un deber de garante y no realizó lo que la *lex artis* y la Directiva instituía –supuesto de imprudencia profesional–. Por ello, incrementó el riesgo de un resultado lesivo.

SEGUNDO. Que con fecha anterior se inició un proceso penal contra el doctor Luis Humberto Pongo Dávila, director del Instituto Peruano de Oftalmología (IPO) de Piura. Según la sentencia de primera instancia de fojas setenta y cuatro, de dos de febrero de dos mil quince, confirmada por la sentencia de vista de fojas ciento nueve, de tres de junio de ese mismo año, el citado director médico trasladó al doctor Ñique Butrón, experto en tamizaje y experto en fondo de ojo para detectar Retinopatía de la Prematuridad (ROP) e integrante del “Programa Nacional de Prevención de la ceguera infantil por retinopatía de la prematuridad”, a otra sede y no autorizar su retorno –ni siquiera se le permitió el ingreso al Hospital– mientras se capacitaba a otro profesional en esas técnicas médicas y que pueda asumir el programa antes aludido. Esta inobservancia de las reglas de profesión originó que cuando las menores agraviadas María Mercedes y María Julia Coronado Magín no puedan ser atendidas debidamente y, por ello, los doctores Ku Lu y Sarmiento Rojas, las derivó para el mes de mayo, lo que ocasionó por la tardanza en una intervención médica que las niñas sufrieran ceguera irreversible. En tal virtud, se condenó al indicado profesional médico por delito de lesiones culposas graves.

TERCERO. Que, como es patente, la condena contra el director del Instituto Peruano de Oftalmología (IPO) de Piura, doctor Luis Humberto Pongo Dávila, no elimina otras posibles intervenciones imprudentes respecto de las lesiones que finalmente sufrieran las menores María Mercedes y María Julia Coronado Magín. En la cadena de distribución de competencias –varias dependencias del Hospital y el IPO, así como muchos profesionales médicos participaron, de uno u otro modo, en la atención de las agraviadas–, cada médico o profesional sanitario responde por lo suyo –el injusto del delito imprudente no acepta coautoría–, tanto más si lo que, en ese marco o contexto de un traslado indebido –del doctor Ñique Butrón–, se atribuye al encausado Ku Lu una conducta específicamente vulneradora del deber objetivo de cuidado. En esta causa se cuestiona lo que el encausado Ku Lu hizo en violación del deber objetivo de cuidado, por lo que es del caso definir si, en efecto, se configuró tal elemento típico en la conducta atribuida del mencionado facultativo.

- ∞ La responsabilidad del doctor Pongo Dávila no es prejudicial respecto del encausado Ku Lu. Su conducta no cierra el injusto típico respecto de otros posibles intervinientes. La exigencia de identidad fáctica y de elementos de Derecho penal (causa de pedir y petición) se da entre la acusación y la sentencia del propio caso, no de otro proceso. El comportamiento imprudente de un tercero, en principio, no excluye la causalidad del comportamiento contrario al deber del primer autor ni la imputabilidad objetiva del resultado típico.
- ∞ No cabe, por tanto, objeción casacional al respecto.

CUARTO. Que el contexto de los hechos objeto del debate se enmarca dentro de dos circunstancias precisas, reconocidas en las sentencias de mérito. La primera, la institucionalización de un “Programa Nacional de Prevención de la ceguera infantil por retinopatía de la prematuridad”, en vigor cuando nacieron prematuramente las menores agraviadas. La segunda, el traslado del médico especializado en ROP, doctor Ñique Butrón, a otra sede, y la necesidad o urgencia de un tamizaje a las menores agraviadas, para lo cual se envió la Historias Clínicas para interconsulta al IPO. Es claro, entonces, que la existencia de un protocolo preciso de actuaciones médicas en esa materia especializada y, en su consecuencia, la actuación médica se vio perturbada por un traslado indebido del profesional especialmente capacitado, lo que además determinó la imperiosa intervención del doctor Ku Lu, médico oftalmólogo experto en cirugía Vitro Retinal –asignado al Área Retinal–, pero no en el procedimiento de tamizaje en ROP.

- ∞ El problema no está en que se aceptó una intervención por quien carecía de competencias profesionales, pues de uno u otro modo, más allá del ideal de que se debía contar con un médico oftalmólogo específicamente adiestrado en técnicas de ROP, el encausado como oftalmólogo podía realizar el tamizaje en

bebes, lo que se advierte del hecho de que determinó su programación previa anestesia general. El punto fue que no hizo el tamizaje, no que lo hizo mal.

QUINTO. Que, acerca del delito materia de condena, es de precisar que el injusto del delito culposo de resultado requiere como elementos necesarios: (i) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro –deber de previsión– y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; (ii) la causación o producción de un resultado socialmente dañoso o nexo causal –la infracción o la lesión del deber objetivo de cuidado ha de haber repercutido sobre el resultado acaecido, ha de haber sido provocado causalmente por la acción del agente–; y, (iii) la imputación objetiva del resultado en su consecuencia final, atendiendo al fin de protección de la norma, al nexo de contrariedad al deber y al principio de autorresponsabilidad [WESSELS/BEULKE/SATZGER: *Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 465-482].

∞ El tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable al agente ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado (STSE 54/2015, de once de febrero).

SEXTO. Que, como ha quedado expuesto, el Ministerio Público atribuyó al médico encausado, Ku Lu, disponer indebida o innecesariamente una anestesia general con intervención de un médico anesthesiólogo para el tamizaje a las niñas agraviadas y, luego, conjuntamente con la anesthesióloga, fijar como fecha del examen el mes de mayo –sin tomar en cuenta que el examen debía llevarse a cabo inmediatamente–.

∞ Las máximas de experiencia médicas, ¿imponen un tamizaje inmediato sin necesidad de anestesia general? Esta referencia ha sido cuestionada por la defensa del encausado Ku Lu. Es claro que un médico experto en estas técnicas procederá conforme al protocolo, sin necesidad de anestesia, pero, como en el caso del doctor Ku Lu, quién no tiene esa capacitación específica y, por las circunstancias –ausencia de médico capacitado– debe realizarla, ¿cómo debe proceder? Dos médicos han expresado que la anestesia no era necesaria en ningún caso dada la edad de los bebés –los doctores Ñique Butrón, Zúñiga Alfaro y Sarmiento Rojas [folios cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la sentencia de primera instancia; y, fundamento jurídico noveno, numeral undécimo, de la sentencia de vista]–, pero una médico oftalmóloga que capacita en estas técnicas –y lo hizo en Piura– expresó que, respecto a la anestesia depende de cada médico (así se indica en la sentencia de primera instancia, folio diecisiete, en referencia a la declaración plenaria de la doctora Luz Josefina Gordillo Robles).

∞ Este dato ~~–opiniones contradictorias de médicos especializados–~~ necesario para la configuración de la inferencia probatoria, no ha sido contrastado. Desde la información de los médicos convocados al proceso para que presten testifical, se tiene dos respuestas distintas, pero sin mayor análisis y juicio pericial específico de expertos en esa parcela específica de ROP se optó por una opinión. El análisis de la sentencia de vista no contempló en modo alguno una argumentación en este extremo y, por ende, no verificó si la máxima de experiencia es la que se dice que debió aplicarse. Además, en esta misma línea, se oralizó prueba documental respecto de varias intervenciones con anestesia general, y sobre este punto no se hizo el menor análisis, pese a su relevancia para determinar la existencia de una práctica en este sentido. La sentencia de vista adolece de una motivación incompleta.

SÉPTIMO. Que se afirmó, como base de la imprevisión culpable atribuida, que era de competencia del imputado cuidar que se efectúe el tamizaje y que pese a ello no lo hizo, al punto que se dispuso una programación tardía o extemporánea. Pero, ¿correspondía al imputado fijar las fechas de programación si la historia pasó al Área de Anestesiología? No se analizó si el imputado contribuyó a fijar tal fecha y si la información de la anestesióloga tiene corroboración. El imputado presentó prueba documental de que no podía haber decidido esa fecha, pero tampoco fue analizada en vía de verificación. La motivación, igualmente, por este defecto, también resulta incompleta.

∞ La sentencia, por tanto, tiene un defecto de motivación insubsanable: es incompleta, tanto por el alcance de la excepcionalidad del contexto cuanto por la máxima de experiencia aplicada, con pretensiones de generalidad y sin excepciones. En estas condiciones ha de entenderse que la sentencia recurrida no expresó en realidad los elementos de tipicidad del delito juzgado debido a una defectuosa redacción del hecho probado. Ello impide el control sobre la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes, esto es, del juicio normativo (STSE de doce de marzo de dos mil nueve).

OCTAVO. Que es verdad que la petición impugnativa es revocatoria y que la causa de pedir de la pretensión procesal impugnativa está referida a la atipicidad del hecho atribuido porque la actuación del imputado no importó la infracción de una norma de cuidado y no repercutió sobre la producción de las lesiones sufridas por las agraviadas. Empero, el artículo 432, apartado 1, del Código Procesal Penal autoriza a la Sala de Casación anular la sentencia impugnada en cuestiones declarables de oficio, y una de ellas es cuando se presenta un defecto estructural de la sentencia como consecuencia de un vicio constitucional de motivación, al amparo de la concordancia de los artículos 150, literal d), y 394, inciso 3 (motivación completa), del Código Procesal Penal, así como 139, numeral 5, de la Constitución –se quebrantaron preceptos procesales de jerarquía constitucional y legal–.

NOVENO. Que, en consecuencia, ~~las sentencias de mérito deben ser anuladas.~~ Por ende, es menester realizar un nuevo juicio de primera instancia para dilucidar y resolver debidamente los puntos objetados. Los jueces de mérito han de tener presente lo expuesto en esta sentencia.

DÉCIMO. Que, por último, no cabe condenar al pago de costas en vista de la anulación de las actuaciones por un defecto estructura de las sentencias de mérito y la consiguiente retroacción de actuaciones.

DECISIÓN

Por estas razones, en uso de las potestades de oficio: **I.** Declararon **NULA** la sentencia la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y cuatro, de diecinueve de junio de dos mil dieciocho, en el extremo que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia de fojas seiscientos setenta, de veinte de marzo de dos mil dieciocho; e **INSUBSISTENTE** la referida sentencia de primera instancia que condenó a **EDUARDO MARÓN KU LU** como autor del delito de lesiones culposas agravadas en agravio de María Mercedes y María Julia Coronado Magín a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, e inhabilitación por un año de su actividad médica, así como al pago total de setecientos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. **II.** Reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** se realice un nuevo juicio oral de primera instancia, teniendo presente lo expuesto en el séptimo fundamento jurídico de esta sentencia. Sin costas. **III.** **DISPUSIERON** se publique la presente sentencia de casación en la Página Web del Poder Judicial. Intervinieron los señores Castañeda Espinoza y Pacheco Huancas por vacaciones y licencia de los señores Chávez Mella y Figueroa Navarro, respectivamente. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

CSM/abp

- 11 -

SE PUBLICÓ CONFORME A KEY


PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

11 1 DIC 2019
4:45 pm



Lima, veinticinco de julio de dos mil catorce

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por la representante del Ministerio Público y la defensa técnica de los sentenciados Marcial Francisco Soria Serrano, Danilo Lionel Fuertes Benites y Carlos Johnny Candia Cartolín, contra la sentencia de fojas cinco mil doscientos noventa, del once de octubre de dos mil trece; habiendo solicitado la prórroga correspondiente, con la razón de relatoría que antecede que da cuenta de la licencia del señor Juez Supremo Cevallos Vegas del quince de junio al trece de julio del presente.

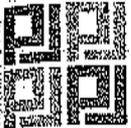
Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

I. AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES

1. Recurso de la Representante del Ministerio Público

PRIMERO. La representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos setenta y dos, indica que: i) Sobre la absolución por delito de tortura agravada con lesiones graves, contrario a lo que señala la Sala, estas lesiones sí existen, toda vez que en el protocolo de necropsia se señala la presencia de excoriaciones graves y relevantes, como las dos excoriaciones en área escrotal de hasta ocho por dos centímetros; así como el hematoma del cuero cabelludo y epicraneal en región parietotemporal derecha de diez por ocho centímetros, y a nivel temporal izquierda de cuatro por tres centímetros; vale decir, lesiones en las áreas escrotal y de la cabeza, que comprometen tanto el área genital, como la cabeza, que los harían impropios para su función. Estas no fueron causadas por el propio agraviado como se ve del video, sino por los acusados en el segundo momento, cuando lo engrillataron y condujeron a



la maletera del vehículo, utilizando violencia física con el propósito de castigarlo por no dejarse conducir a la Comisaría en calidad de detenido.

ii) Existen elementos objetivos que acreditan el delito, como la violencia con la que actuaron los procesados, que hace previsible que se causarían lesiones graves al afectado, lo que se prueba con el video y el informe pericial de necropsia médico legal. iii) Es absurdo que las lesiones fueran causadas solo por una intervención policial, pues no es creíble que un ciudadano que pide ayuda termine siendo víctima de abuso, enmarrocado, agredido por siete efectivos policiales armados, sobre todo cuando estos tienen el deber de resguardar la integridad física y la vida de la víctima. iv) El personal policial no era el competente para efectuar esta intervención, sino el de Antidrogas. v) La testimonial de Dora Espinoza no es suficiente para dar por acreditada la existencia de lesiones, pues es fácilmente influenciable, toda vez que tiene cercanía a Aguilar Pérez.

vi) Respecto a Daniel Locyza, se debe considerar que la muerte se produjo cuando el agraviado estaba en el interior del vehículo policial, y que la absolución se basa en las contradicciones de Candia Cartolín, Soria Serrano y Fuertes Benites; sin embargo, no se valoraron el acta de visualización y las declaraciones ya citadas, que en conjunto acreditan la responsabilidad del acusado. vii) Respecto a la condena de Marcial Soria, Carlos Candia y Danilo Fuertes debe considerarse la existencia del concurso real de delitos, pues antes se realizó el delito de tortura con lesiones; en ese sentido, la pena no refleja la gravedad de la afectación del bien jurídico. También se deben valorar la violencia desproporcionada, el daño severo que causó la muerte, los deberes infringidos (pues tenían el deber de proteger la vida del agraviado y no vulnerar el reglamento de actuaciones de la Policía Nacional del Perú). viii) Los hechos se condicen con un dolo de tortura con resultado de muerte y no uno de homicidio.



2. Recurso de la defensa técnica del sentenciado Danilo Lionel Fuertes Benites

SEGUNDO. La defensa técnica del sentenciado Danilo Lionel Fuertes Benites, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos treinta y seis, indica que: i) La conducta que se le imputa no es típica, pues al agraviado no se le sometió a tortura, ni dolores o sufrimientos graves (sean físicos o mentales), ni sometido a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental. ii) Es injusta la pena, toda vez que se le sanciona solo porque debió asumir la calidad de garante de la integridad física y psíquica del agraviado por ser su detenido, pero no se ha tomado en cuenta que la intervención que se hizo fue diferente a otras intervenciones por las circunstancias del comportamiento del agraviado en el Banco Continental. Además, la policía denominada "Águilas Negras" asumió el control de la intervención, él solo actuó conforme a Ley, lo que se corrobora con el voto discordante de la magistrada Benavides Vargas. iii) No se probó que la conducta del procesado estuviera dirigida a obtener una información o castigar al agraviado por un hecho cometido. iv) En todo caso, la conducta del procesado debería ser por delito de homicidio por dolo eventual, pero no tortura. v) Los testimonios de Dora Espinoza, Cristina Martínez, Catalina Aguilar, corroboran lo dicho por el imputado de que actuó legalmente. vi) El examen a los peritos determinó que solo el efectivo policial Soria Serrano ocasionó la muerte del agraviado y no el imputado. vii) Los videos muestran que el acusado actuó legalmente, tranquilo y que el agraviado sí poseía droga. viii) El acta de verificación y comprobación de hechos determina que actuó de conformidad a la Ley. ix) El imputado siempre estuvo sentado detrás de la víctima, por lo que no ejerció violencia contra él.



3. Recurso de la defensa técnica del sentenciado Marcial Francisco Soria Serrano

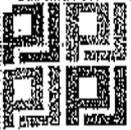
TERCERO. La defensa técnica del sentenciado Marcial Francisco Soria Serrano, en su recurso formalizado a fajas cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres, indica que: i) A pesar de que la defensa planteó que no se estableció el elemento contextual de ataque a la población civil generalizado o sistemático en ejecución de una política de Estado en el delito de tortura –toda vez que este es un delito de lesa humanidad–, como sí se hace en el delito de desaparición forzada; la Sala no dio respuesta a esta alegación vulnerando el deber de motivación, ii) Se vulneró el principio de legalidad, pues al calificar los hechos no se consideró el elemento contextual de ataque a la población civil generalizado o sistemático en ejecución de una política de Estado en el delito de tortura, pues este es un delito de lesa humanidad, que no solo afecta bienes jurídicos de la víctima individual, sino a toda la comunidad en general, que nació en el Derecho Penal Internacional a través de tratados y fue así que se incorporó al Código Penal. La Sala Penal Nacional también reconoció el fundamento internacional del tipo penal de tortura; asimismo, las legislaciones internacionales han incorporado a la tortura como delito de lesa humanidad. iii) Los actos del acusado tenían como fin inmovilizar al agraviado para enmarrocarlo, por ello requería las llaves de las marrocas. iv) La Sala no motiva como prueba el dolo, pues los hechos probados dan cuenta de un procedimiento policial de arresto que exigió inmovilizar a la víctima, quien se golpeaba a sí mismo y se necesitaron siete policías para levantarlo y ponerlo en la maletera. v) Estos hechos no permiten imputar el dolo de homicidio, incluso la Sala le atribuye una conducta culposa al decir que pudo prever que se podía producir la muerte del agraviado. vi) Se debe aplicar la causa de justificación de cumplimiento de un deber de función, teniendo en cuenta la conducta de la víctima. vii) La



conducta del acusado, dependiendo de si violó un deber objetivo de cuidado o si existió el aumento injustificado del riesgo permitido, constituiría un caso de homicidio culposo. viii) Puede ser también un caso de lesiones dolosas y con resultado de muerte del agraviado por culpa, es decir, lesiones seguidas de muerte.

4. Recurso de la defensa técnica del sentenciado Carlos Johnny Candia Cartolín

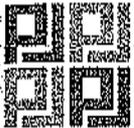
CUARTO. La defensa técnica del sentenciado Carlos Johnny Candia Cartolín, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho, indica que: i) No hay prueba de la coautoría del acusado en el delito. ii) No está probado que Candia Cartolín sujetara el brazo del intervenido, al contrario la acusación fiscal señala que quien sujetaba del brazo izquierdo al agraviado era Loayza Carbajal, ubicándose entre Candia Cartolín y Soria Serrano, y estos hechos no pueden ser modificados por la Sala Penal. iii) Loayza Carbajal y Candia Cartolín no pudieron a la vez agarrar del brazo izquierdo al agraviado, pues el espacio era muy pequeño. iv) Al contrario, hay prueba de que Loayza Carbajal lo reemplazó en agarrar el brazo al agraviado. v) El hecho de agarrar el brazo no puede equipararse a actos de tortura ni de coautoría, más aún, cuando la modalidad de asfixia mecánica no admite participación. vi) La Sala rechaza la existencia de tortura, pero condena por este delito. vii) No existe delito de tortura, posición que incluso está acreditada en el voto singular, pues no existen lesiones, por ello no se entiende cómo es que esto luego, en el tercer momento se convierten en actos de tortura. viii) Existe una falta de motivación pues no se valoraron todos los medios de prueba, solo se mencionaron.



II. HECHOS IMPUTADOS

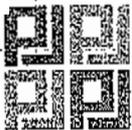
QUINTO. La acusación fiscal de fojas dos mil quinientos sesenta y seis imputa de modo genérico que los procesados el catorce de julio de dos mil diez, en su condición de servidores públicos como miembros de la Policía Nacional del Perú, haber intervenido ilegalmente al agraviado Wilhem Calero Coronel, agredéndolo físicamente en forma brutal, infligiéndole dolores y sufrimientos graves, además de someterlo a condiciones y métodos que anularon su personalidad disminuyendo su capacidad física, con el objeto de castigarlo por no dejarse enmarrocar, ni dejarse conducir, habiendo sido agredido en tres momentos, causándole graves lesiones y en el último momento de agresión se le causó la muerte por asfixia mecánica tipo estrangulación-traumatismo cervical-agente causante compresión externa cervical; hechos que constituyen grave violación de derechos humanos. Estos hechos se dividen en tres momentos, de los cuales esta Suprema Instancia solo se analizarán dos, que son materia de recurso:

- a) El segundo momento *-conforme a la acusación fiscal-* se da cuando aparecen los procesados César Verástegui Malpica, Daniel Loayza Carbajal y Nelson Osías Becerra Vásquez, a bordo del patrullero de placa de rodaje número PL-tres mil ciento ochenta y nueve, encontrando en el frontis de la agencia bancaria a los procesados Fuertes Benites y Aguilar Pérez quienes retenían al agraviado, uniéndose al grupo Loayza Carbajal y Becerra Vásquez, es así que los cuatro efectivos policiales rodean al agraviado y pretenden conducirlo en condición de detenido desde el frontis de la agencia hasta el vehículo patrullero estacionado en la esquina, quitándole la mochila, por lo que se produce un forcejeo, apareciendo Verástegui Malpica, así, entre cinco efectivos policiales lo rodean y bajan las



gradas de la puerta de acceso de la entidad financiera, momentos en que los acusados lo siguen y arrinconan en la mampara de la puerta principal de la agencia bancaria, lugar donde cae al piso y es severamente golpeado por estos cinco policías, quienes le aplican una salvaje golpiza con puño y patadas. A las catorce horas con tres minutos y veinticinco segundos, aparecen los procesados Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candía Cartolín, a bordo de un segundo patrullero de placa de rodaje número PL-seis mil novecientos ochenta y cinco, quienes se unen al grupo que agredía al agraviado, siendo siete agentes en total, quienes armados y en superioridad numérica golpean y aplican salvaje castigo físico al agraviado, quien estaba en el suelo en total indefensión, caen sobre él, aplastándolo, uno le sujeta de los pies, otro pone la rodilla encima del cuerpo, así lo pisan y patean. La víctima se encontraba enmarrocada y con las manos hacia atrás infligiéndole dolores y castigo por no haberse dejado conducir engrilletado y detenido y a la vez para coaccionarlo para que se deje conducir como detenido por los policías agresores, en ese contexto le producen las lesiones graves. Estos hechos son tipificados por el Ministerio Público como delito de tortura gravada con lesiones graves.

b) El tercer momento *—en la línea acusatoria del Ministerio Público—* se da cuando se producen nuevos actos brutales, de violencia y de castigo, infligiendo sufrimientos graves y dolores a la víctima, porque se había soltado de las marrocas y pretendía salir del patrullero donde indebidamente había sido conducido en condición de detenido intimidándolo y coaccionándolo para que se deje conducir como tal, sin haber cometido delito flagrante ni existir mandato judicial, en este momento los encausados Marcial Soria



Serrano, Carlos Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benifes aplicaron violencia y castigo extremo y sufrimientos graves a la víctima actuando en coautoría y dominio funcional del hecho, causándole asfixia mecánica tipo estrangulación que le ocasionó la muerte.

III. MARCO JURÍDICO GENERAL

SEXTO. Toda sentencia condenatoria será el resultado de un análisis exhaustivo que el juzgador debe efectuar de las pruebas de cargo y descargo, obtenidas y actuadas con todas las garantías del caso, pues solo su debida contrastación –que genere a su conclusión certeza en el juzgador, respecto a la responsabilidad del procesado y, por lo tanto, el desvanecimiento del principio de presunción de inocencia–, puede arribar a tal decisión jurisdiccional.

SÉPTIMO. En el Perú están previstos los delitos contra la humanidad en el Título XIV-A del Libro Segundo del Código Penal, dentro de ellos se tiene el delito de tortura sancionado con cinco a diez años de pena privativa de libertad en su tipo base, de ocho a veinte años, cuando se causa la muerte, y de seis a doce años cuando se causan lesiones; se tratan, en consecuencia, de figuras autónomas creadas por el legislador y con exigencias propias.

OCTAVO. El artículo trescientos veintiuno del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público (o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquél), que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad (o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica), con el fin de obtener de la víctima o de un tercero



una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla. Esta conducta será agravada si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado (no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, respectivamente).

IV. DELITO DE TORTURA AGRAVADA POR LESIONES GRAVES

(Extremo de la recurrida que absolvió a Pedro Antonio Aguilar Pérez, Danilo Lionel Fuertes Benites, Daniel Loayza Carbajal, Nelson Osías Becerra Vásquez, César Fernando Verástegui Malpica, Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín)

NOVENO. Como se indicó, este extremo del agravio versa sobre el segundo momento, que para el Ministerio Público se suscita desde que aparecen en la escena del crimen Verástegui Malpica, Loayza Carbajal y Becerra Vásquez, efectivos policiales que se unieron a Fuertes Benites y Aguilar Pérez quienes retenían al agraviado y a quien le infligen severos golpes por no dejarse conducir engrilletado; hasta que, con la ayuda de Soria Serrano y Candia Cartolín, lo trasladan al patrullero, pero estos también se unen al grupo para agredir al agraviado.

DÉCIMO. Al respecto, la Sala Penal sentenciadora consideró que estos hechos no estaban acreditados, toda vez que: i) El acusado Aguilar Pérez no estuvo en el lugar de los hechos en ese específico momento, pues había ingresado a la entidad financiera y no es sindicado por nadie como si tuviera participación en estos hechos y en el video no se le puede apreciar. ii) Verástegui Malpica, Loayza Carbajal y Becerra Vásquez, llegaron por una alarma a la entidad financiera, para prestar seguridad,



toda vez que había una persona alterada, a quien luego se le encontró droga, si bien la fiscalía señala que esta no era del agraviado, sino que fue puesta exprofesamente por la policía para inculparlo (posiblemente por Fuertes Benites), esto no ha sido acreditado, más aún cuando se tienen la testimonial de Dora Espinoza Prieto, la grabación en que se ve que cae un paquete de la mochila del agraviado, y las declaraciones de la efectivos policiales. Asimismo, del video se observa que los acusados trataron de engrilletar al agraviado, pero caen a consecuencia del forcejeo, situación de lucha que dura unos minutos, hasta que llegan Soria Serrano y Candia Cartolín en otro patrullero, luego entre todos, forcejean con la víctima por la resistencia que ofrecía cayendo varios al piso, ahí lo sujetan, uno de ellos le pone el pie, otro la rodilla y finalmente lo reducen, engrilletan y lo cargan para conducirlo al patrullero. iii) De esto se extrae que no obstante se aprecia uso de la fuerza para reducir al agraviado, esto no condice con la tesis del Fiscal referida a una brutal golpiza.

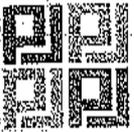
DÉCIMO PRIMERO. Frente a esta decisión jurisdiccional la Fiscalía señaló que estas lesiones que sustentan el tipo penal de tortura agravada por lesiones graves sí existen, toda vez que en el protocolo de necropsia se señalan excoriaciones graves y que por su ubicación harían impropio para su función a los órganos afectados, siendo estas lesiones causadas por los acusados cuando lo engrilletaron y condujeron a la maletera del vehículo, utilizando violencia física con el propósito de castigarlo por no dejarse conducir a la Comisaría en calidad de detenido.

DÉCIMO SEGUNDO. El tipo penal imputado no se configura cuando la actuación policial está arreglada a Derecho, es decir, cuando se hace un uso legítimo de la fuerza; en ese sentido, la Declaración sobre Protección contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes



de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, refiere que no se consideran tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes a estas, en la medida en que estén en consonancia con las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos. De conformidad con ello, la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura indica que no estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas.

DÉCIMO TERCERO. Teniendo en cuenta lo anterior, apreciamos que las lesiones que presenta el agraviado son de una entidad mínima, que incluso no configuran el delito de lesiones leves -que requiere diez días de incapacidad médico legal-, pues conforme a la ratificación en el acto oral de los médicos legistas, el agraviado presenta lesiones escoriativas que requieren una incapacidad médico legal de uno a dos días y las equimóticas de hasta cuatro días, producidas en cabeza, espalda y extremidades, como se ve del informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete, ratificado en el acto oral por los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores, a fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis; es decir, las lesiones que presenta el agraviado son tan leves que no podrían en ningún caso representar una acción típica de tortura. Entonces, resultando las lesiones con tan pocos días de incapacidad, lo lógico es que estas lesiones no harían impropio para su función a los órganos afectados, es decir, estas lesiones no acreditan en ningún caso un dolor o sufrimiento graves, ni algún método que anule la personalidad, o disminuyan la capacidad física o mental del agraviado.



172

DÉCIMO CUARTO. Así, ni siquiera desde el punto de vista objetivo se configura el tipo penal, pues estas mínimas lesiones se condicen con una actuación arreglada a Derecho, pues el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por Resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos, conceptualiza a la fuerza como el medio compulsivo a través del cual el efectivo policial logra el control de una situación que atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad y la vida de las personas dentro del marco de la ley, la misma que debe aplicarse de forma legal, necesaria y proporcional, requisitos que en el presente caso se presentan, toda vez que los agentes actuaban frente a la agresividad y descontrol del agraviado y su actuación en conjunto fue necesaria para neutralizar la reacción de este, además, fue proporcional por cuanto no se le causó lesiones siquiera leves para poder controlarlo.

DÉCIMO QUINTO. A mayor abundancia, se debe referir que existen testimoniales que dan cuenta que al momento de la intervención no hubo violencia excesiva ni castigo o algún método que anule la personalidad, pues uniformemente se señala que el agraviado al momento de los hechos se encontraba alterado y violento, por lo que fue intervenido por los efectivos policiales, de esta situación dan cuenta de forma consistente, perseverante y carente de incredibilidad subjetiva, los testigos: Dora Espinoza Prieto (manifestación policial, con presencia del fiscal, de fojas ciento setenta y dos, testimonial de fojas mil novecientos dieciocho y declaración en juicio oral de fojas tres mil novecientos setenta y uno); Jacqueline Cristina Martínez Uculmana (manifestación policial, con presencia del representante del Ministerio Público, de fojas ciento setenta y nueve, testimonial de fojas mil novecientos veintinueve y declaración en juicio oral de fojas cuatro mil tres); Mariel Bozzo Bravo (manifestación policial, con presencia del fiscal, de fojas ciento ochenta y tres, testimonial de fojas mil novecientos treinta y siete y declaración en juicio oral de fojas tres mil ochocientos sesenta y cinco);



173

Catalina Aguilar Quispe (manifestación policial, con presencia del fiscal, de fojas ciento ochenta y ocho, testimonial de fojas dos mil ciento cincuenta y cuatro y declaración en juicio oral de fojas cuatro mil seiscientos treinta y cuatro); Yener Antonio-Mostacero Días (manifestación policial, con presencia del representante del Ministerio Público, de fojas setenta y cinco y declaración en juicio oral de fojas cuatro mil quince); y de Nicanor Hipólito Olea Gástulo (manifestación policial, con presencia del fiscal de fojas ochenta y seis y declaración en juicio oral de fojas tres mil doscientos trece). Estas versiones son creíbles, toda vez que estos testigos se encontraban cerca del lugar de los hechos, los cuales ocurrieron en plena calle; además, es de tener presente que existiendo un considerable número de personas cerca de la entidad financiera, ubicado en la avenida Faucett, siendo la una con cuarenta horas de la tarde, con tráfico intenso de personas y con visibilidad óptima; no resulta probable que los procesados a plena luz del día ejecuten actos de tortura contra el agraviado, que por lo general se dan en contextos de clandestinidad, en privado.

DÉCIMO SEXTO. Es claro que no hubo violencia desmedida, lo que es confirmado con el acta de visualización de imágenes dispositivos de almacenamiento (CD) de fojas dos mil doscientos dieciséis. Además, existe duda de que las lesiones inferidas al procesado hayan sido producidas en el llamado segundo momento, que va desde que lo intervienen y lo llevan por primera vez al patrullero; por lo que este extremo de la decisión de las sentencia en cuanto absuelve a Pedro Antonio Aguilar Pérez, Danilo Lionel Fuertes Benites, Daniel Loayza Carbajal, Nelson Osías Becerra Vásquez, César Fernando Verástegui Malpica, Marcial Francisco Soría Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín de la acusación fiscal como autores del delito contra la Humanidad-tortura gravada por lesiones graves, en perjuicio de Wilhem Calero Coronel; debe mantenerse, siendo irrelevante



la competencia de la policía sea Antidrogas o "Águilas Negras", como alega el fiscal.

V. DELITO DE TORTURA AGRAVADA POR RESULTADO MUERTE

(extremo de la recurrida que absolvió a Daniel Loayza Carbajal y condenó a Marcial Francisco Soria Serrano, Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites)

1. La inadecuada calificación de los hechos como delito de tortura agravada por resultado muerte

DÉCIMO SÉPTIMO. Respecto al delito de tortura agravada con resultado muerte, el tipo penal exige como elemento subjetivo que el infligir dolor o sufrimientos graves, tenga como fin: i) El obtener de la víctima una confesión o información. ii) Castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido. iii) Intimidarla o coaccionarla. En el presente caso se imputa el tercer ánimo, esto es, que la violencia se usó como intimidación y coacción para que el agraviado se deje conducir como detenido sin haber cometido el delito flagrante ni existir mandato judicial.

DÉCIMO OCTAVO. Sin embargo, no existe prueba directa o indirecta que nos lleve a afirmar con juicio de certeza que este elemento subjetivo "dolo" se halle en el comportamiento de los encausados, cabe decir que la finalidad de sus actos estuvieran dirigidas a ello, el infligir sufrimiento grave con el propósito de intimidarlo o coaccionarlo, pues tal imputación se contradice con el escaso número de lesiones que presenta y que conforme a lo anteriormente señalado, son mínimas, pues solo se produjeron lesiones escoriativas de uno a dos días y equimóticas de hasta cuatro días de incapacidad médico legal. Además, debe tenerse



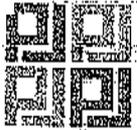
175

presente que el agraviado se comportaba de forma violenta, alterada y era renuente a ser intervenido; es decir, la policía frente a la resistencia que oponía a la intervención estaba habilitada para aplicar de manera razonable el uso de la fuerza orientada a vencer la resistencia; lo que no necesariamente implica que esto involucre una conducta de intimidación o coacción, en sentido de tortura, sino que fue parte de la intervención que normativamente había que administrar según el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por Resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos; en ese sentido, el ánimo subjetivo no está acreditado, pues la intervención obedeció al uso de la fuerza para lograr la detención y no se acredita que obedezca al uso de intimidación y coacción para que se deje conducir como detenido sin haber cometido el delito. Como se refirió, no obstante la fiscalía señala que se "sembró" droga al agraviado, este hecho no está acreditado, al contrario, está demostrado que había droga y que el efectivo policial Fuertes Benites refirió que lo encontró al agraviado, lo mismo que señala la testigo Dora Espinoza Prieto y se condice con la grabación citada.

2. La reconducción de los hechos al tipo penal de homicidio

DÉCIMO NOVENO. El hecho que no se pruebe el ánimo subjetivo no quiere decir que la conducta sea atípica, pues está acreditada la muerte del agraviado, por lo que cabe reconducirla al delito de homicidio¹, sin embargo, hay que analizar si es que este es a título de dolo o de culpa. Para ello es necesario saber qué hechos están acreditados.

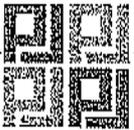
¹ Conforme al Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116, que señala que cuando el acusado en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa; como ocurrió en este caso en el recurso formalizado de la defensa de Soria Serrano, de fojas cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres.



176

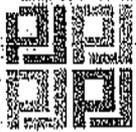
VIGÉSIMO. Los acusados por este delito niegan su responsabilidad en los hechos y ninguno acepta su participación directa en el resultado muerte, que según el informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete la causa fue una asfixia mecánica. En efecto, la pericia indica que se produjo la muerte por asfixia y que el agresor se encontraba detrás de él, en ese sentido se tiene: i) El informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete, que señala que la causa de muerte es asfixia mecánica, tipo estrangulación por traumatismo cervical siendo el agente causante compresión externa cervical. ii) La declaración ilustrativa de los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores de fojas mil cuatro, donde señalan que el agraviado sufrió una estrangulación que guarda relación con una compresión de brazo y antebrazo a nivel cervical, de adelante hacia atrás y de afuera hacia adentro, por lo que el agente estuvo detrás de la víctima. iii) La ratificación en el acto oral de los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores de fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis, donde señalan que es posible que esta compresión traqueo antebraquial producida al cuello desde la parte posterior de la víctima haya comprimido las partes blandas de la región del cuello y de manera que el flujo de la sangre no ha sido tal, no pasó con fluidez o no retornó al comprimirse vasos venosos, y para esto solo se requiere de tres a cinco kilos de presión de fuerza para impedir el retorno venoso y la oxigenación del encéfalo y estos producen como tal una cianosis, edema encefálico y también puede producir la muerte; si la presión es mayor va a producir, como en este caso, luxación occipitocloidea, luxación a nivel cervical C-cinco y C-seis.

VIGÉSIMO PRIMERO. Frente a las contradicciones de los procesados para desvirtuar su responsabilidad, se puede determinar que la acción mortal



77

descrita se condice con las acciones que consistentemente los coprocesados Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites le imputan a Marcial Francisco Soria Serrano. Danilo Lionel Fuertes Benites, en su instructiva de fojas mil cuatrocientos treinta, señaló que Soria lo tenía al agraviado presionado cerca del cuello, presionándolo contra el piso del auto en posición de boca abajo; en su declaración en juicio oral de fojas tres mil doscientos cincuenta, señaló que Calero Coronel estaba boca abajo, en la maletera, como Soria tenía las manos ocupadas él mismo sacó el grillete, como estaba libre, Soria lo agarra con más fuerza y se tira encima de él, agarrándolo; asimismo, señala que Soria y Loayza estaban en el lado derecho cerca de la cabeza del agraviado. Carlos Johnny Candia Cartolín en su manifestación policial, realizada en presencia del fiscal, de fojas ciento treinta y cinco, señaló que Soria dejó su ubicación inicial, se dirigió a la maletera donde apoyando su cuerpo en la espalda del intervenido trata de jalarle los brazos hacia atrás, en su instructiva de fojas mil cuatrocientos cuarenta y uno, refirió que Soria estuvo presionando la región de la espalda con media parte de su cuerpo y Loayza, quien lo desplazó, se encargó de sujetarle la región de la cabeza, tratando de controlarlo o reducirlo, por cuanto el agraviado oponía resistencia, al cabo de dos minutos, ellos se voltean, Loayza sale asustado y Soria sarcásticamente dice "se ha desmayado, échense agua". Así, refirió que Soria tenía una parte de su cuerpo en la espalda del agraviado, hasta el desmayo; y su declaración en juicio oral de fojas tres mil seiscientos sesenta, donde indica que Soria Serrano forcejeaba con el intervenido y le estaba agarrando el cuello, tratando de sacar la mano derecha del intervenido, ahí le tapan la visibilidad los transeúntes, Soria estaba detrás del intervenido, un civil le sujetó las piernas, cuando todos se abren ve a Loayza asustado, Soria trata de disimular. También indicó que el intervenido estaba boca abajo y Soria Serrano detrás de él.



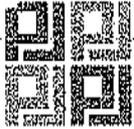
VIGÉSIMO SEGUNDO. Es claro, de los actos de prueba efectuados, que fue Marcial Francisco Soria Serrano quien sujetó al agraviado del cuello, produciéndole una asfixia mecánica, tipo estrangulación por traumatismo cervical, el ataque guarda relación con una compresión de brazo y antebrazo a nivel cervical, de adelante hacia atrás y de afuera hacia adentro, por lo que el agente estuvo detrás de la víctima, como se establece de los relatos de sus cómplices, lo que le da credibilidad a sus dichos, que han sido coherentes y se han mantenido a través del proceso.

VIGÉSIMO TERCERO. Atendiendo a este hecho probado cabe calificarlo como homicidio, sin embargo, la probanza de estos actos objetivos poco dice del aspecto subjetivo del delito, es decir, no dice nada de si el agente actuó por dolo o por culpa.

3. La tipificación de los hechos como homicidio culposo -culpa consciente- (y no como homicidio doloso -dolo eventual-)

VIGÉSIMO CUARTO. Tradicionalmente se había considerado que el dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración, así era usual referirse al dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal; no obstante teorías actuales tratan de eliminar el elemento volitivo del dolo y solo darle un contenido normativo, entendiendo al dolo como mero conocimiento, sin embargo, esto no ha sido posible², más aún cuando se trata de dilucidar si una conducta se realizó mediante dolo eventual o

² Vide: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grifley, Lima, 2006, pp. 360 y 361.



mediante culpa consciente, pues aceptar la teoría cognoscitiva, implicaría eliminar la culpa consciente a favor del dolo eventual³.

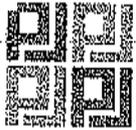
VIGÉSIMO QUINTO. Para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente se han recurrido a muchas teorías; sin embargo, en abstracto y básicamente se puede indicar que el dolo implica el realizar un plan criminal, es decir, es la acción humana voluntaria y consciente de actuar contra el Derecho; en cambio la culpa solo implica negligencia o ligereza en la actuación humana, es decir, su conducta no quiere ser contraria al Derecho. Partiendo de ello, la doctrina dominante y la jurisprudencia han adoptado una postura intermedia entre la teoría del consentimiento (que según la fórmula de Frank habría dolo si el autor dice: suceda esto –el resultado delictivo– o lo otro, en cualquier caso actúo); es decir, "si lo que me parece probable fuese seguro, no obstante actuaría –dolo eventual–; si lo que me parece posible fuera seguro, no actuaría –imprudencia consciente–); y la de la probabilidad (que parte del dolo como conocimiento, pero a pesar de ello exige para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente el grado de probabilidad de producción del resultado que el sujeto advierte, si es muy probable habrá dolo, si es remota la posibilidad será culpa consciente); así, habrá dolo eventual cuando el autor juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado, aceptando la posible realización del resultado o que se resigne a ella, sobre la base de estos conceptos se debe evaluar la conducta del procesado⁵.

VIGÉSIMO SEXTO. Para evaluar si la conducta de Marcial Francisco Soria Serrano es dolosa o culposa debe de atenderse a sus conocimientos para generar un resultado típico y el contexto para aumentar el riesgo

³ Vide: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda edición. Jurista editores, Lima, 2012, p. 485.

⁴ HAVA GARCÍA, Esther. "Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores". En: HURTADO POZO, José (Director). *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 127.

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. cit.*, p. 372.



permitido. En primer lugar se debe considerar que, no obstante tener dieciocho años de servicio, es un efectivo policial, encargado del manejo de una unidad móvil, es decir, no es el efectivo encargado directamente del control de la situación, en ese sentido, se debe considerar que Henry Dante Poma Dueñas, efectivo policial que trabajó en la unidad de "Águilas Negras", en su declaración a nivel de juicio oral de fojas cuatro mil trescientos catorce, refirió que fue Jefe de Operaciones de Instrucción del Departamento de Seguridad de Bancos y que cuando existe tripulación, conductor y adjunto la función del chofer es solo brindar el apoyo necesario a la intervención del compañero. En segundo lugar, se debe considerar que no existió un plan criminal, pues Soria Serrano acudió al lugar de los hechos por una llamada de los encargados del Banco Continental a fin de realizar una intervención. Tercero, al llegar se encontró con una situación donde el procesado se negaba a ser detenido, actuando violentamente. Cuarto, actuó contra el agraviado toda vez que este intentaba escapar de la camioneta policial donde estaba enmarrocado y advirtiéndolo que actuaba violentamente usó una fuerza desmedida, la que produjo la muerte. Quinto, esta acción se realizó en plena vía pública, a merced de ser visto por la gente que pasaba cerca de la entidad financiera.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Es claro que a nivel abstracto el agente tenía el conocimiento de la capacidad que poseía para generar un resultado típico; sin embargo, el riesgo no lo aumentó el efectivo policial únicamente, sino que en principio lo originó el agraviado, al intentar escapar de la unidad móvil, es así que Soria Serrano al tratar de evitar esto y frente a la actitud violenta del agraviado lo tomó del cuello aplicando "una palanca", pero debe valorarse que el agraviado se resistía a la intervención, como refieren uniformemente todos los acusados, que no



era él el directamente encargado de la intervención, que fue un hecho no premeditado, lo que produjo que Soria Serrano aplicara una fuerza desmedida, la que a su vez produjo la muerte, acto que fue imprudente, pues actuó de una forma excesiva frente a una reacción violenta y sorpresiva, debiéndose descartar un plan previo o ferocidad, pues el acto se realizó en plena calle.

VIGÉSIMO OCTAVO. Señala el artículo ciento once del Código Penal que la pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el homicidio culposo resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria. En el presente caso, el inculpado Soria Serrano actuó como efectivo policial y no actuó conforme con las reglas de su profesión, pues se condujo sin observar el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos, del doce de junio de dos mil seis, fecha anterior a la ocurrencia de los hechos, que señala que: i) El policía en el arresto debe usar tanto sus conocimientos como su experiencia y pericia, evitando el uso excesivo de la fuerza que puede tener resultados no deseados que afecten los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. ii) La facultad de recurrir al empleo de la fuerza en determinadas circunstancias cuando otros medios resultan ineficaces lleva consigo la gran responsabilidad de velar que esta se ejerza lícita y eficazmente, ya que su uso excesivo afecta directamente los derechos humanos. Por ende, de conformidad con el Acuerdo Plenario número cero uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis; en aplicación del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales, cabe desvincularse del tipo penal imputado en la acusación fiscal, al tipo penal de homicidio culposo.



VI. EFECTOS DE RECONducIR EL TIPO PENAL DE TORTURA AGRÁVADA POR RESULTADO MUERTE AL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO

VIGÉSIMO NOVENO. En ese sentido, se ha probado el hecho típico y la responsabilidad, por lo que la pena deberá estar dentro de este marco legal, considerando la naturaleza de la acción, pues se dio en el marco de una intervención policial que se supone garantiza la seguridad de los ciudadanos, la edad del procesado, pues es una persona madura que conoce con suficiencia la responsabilidad de sus hechos y tiene educación profesional, por lo que la pena debe ser la máxima.

TRIGÉSIMO. Estando a que se varió el tipo penal, se redujo la pena, y el directo responsable del delito, es una sola persona, la reparación civil debe variar. La reparación civil, conforme con los artículos noventa y dos y ciento uno del Código Penal, busca el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima, esta reparación comprende la restitución del bien materia del delito, cuando es posible, o de su valor y el pago de los daños y perjuicios que se hayan producido como consecuencia del accionar del sujeto activo; esta debe fijarse de acuerdo con la naturaleza del delito cometido. Para cuantificar este resarcimiento económico se valora: i) El daño emergente, que implica afrontar los gastos generados a partir del delito. ii) El lucro cesante, consistente en lo que se deja de percibir. iii) El daño moral, referente a la reparación del sufrimiento subjetivo, al daño psicológico u otro que se causa a una persona mediante el delito. iv) El daño al proyecto de vida, que busca reparar, en alguna medida, la lesión a las expectativas de desarrollo que tenía la víctima.

TRIGÉSIMO PRIMERO. En el presente caso estamos ante un homicidio, el cual implica un daño moral, que es indemnizado, considerando su



magnitud y el menoscabo producido a la familia, toda vez que este daño lesiona el estado anímico de la persona creando una sensación de sufrimiento, dolor psico-físico, afectando los sentimientos, la tranquilidad, la paz espiritual⁶ de quien sufre el delito; es claro que en este caso la afectación en el menor hijo del fallecido y en su esposa, que estaba gestando, es grave, pues tendrán que lidiar con las secuelas intensas de la muerte de su padre y esposo, respectivamente. Asimismo, existe un daño al proyecto de vida, que se sustenta constitucionalmente en el artículo primero de la Constitución que señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial en los casos María Elena Loayza Tamayo y Luis Alberto Cantoral Benavides contra el Estado peruano, así este daño es el más importante que se puede inferir al ser humano, pues en los peores casos se le puede arrebatar a la víctima el sentido o razón de su vida, truncando su destino⁷. En el presente caso se dio término de una forma violenta a la vida de un padre, truncando su proyecto de vida, a una edad muy temprana, no dejándole hacerse cargo de la formación y cuidado de su menor hijo y familia.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Siendo la acción de Soria Serrano culposa, no cabe coautoría ni complicidad, toda vez que la autoría culposa exige que el agente actúe directamente en la ejecución del hecho, por lo que cuando existen pluralidad de intervinientes todos responden como autores. En este caso, la conducta de los procesados Carlos Johnny Candia Cartolín,

⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación complementaria.* Tomo II. Séptima edición. Idemsa, Lima, p. 956.

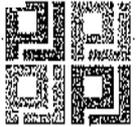
⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Los jueces y la reparación del 'daño al proyecto de vida'". En: *Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República.* N° 1/1, año 2007, p. 178 y ss.



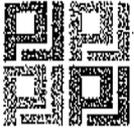
Daniel Loayza Carbajal y Danilo Lionel Fuertes Benites, fue ayudar a maniatar al agraviado. Así, se señala que al momento del tercer hecho Fuerte Benites ingresó al vehículo por la parte posterior al lado derecho y presionó el cuerpo del agraviado, teniéndolo cogido de la muñeca del brazo derecho. Por su parte, Candia Cartolín tenía tomado del brazo izquierdo al agraviado, siendo posteriormente reemplazado por Loayza Carbajal, es claro que la conducta de los procesados únicamente consistió en tomarle de los brazos al agraviado, lo que no significa objetivamente una conducta homicida culposa, por lo que no se les puede imputar delito alguno. En lo que respecta a Fuertes Benites y Candia Cartolín es del caso dar aplicación al artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN:

De conformidad en parte con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal, declararon: I. por unanimidad **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fojas cinco mil doscientos noventa, del once de octubre de dos mil trece, que absolvió a Pedro Antonio Aguilar Pérez, Danilo Lionel Fuertes Benites, Daniel Loayza Carbajal, Nelson Osías Becerra Vásquez, César Fernando Verástegui Matpica, Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín de la acusación fiscal como autores del delito contra la Humanidad-tortura agravada por lesiones graves, en perjuicio de Wilhem Calero Coronel. II. por unanimidad **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que absolvió a Daniel Loayza Carbajal de la acusación fiscal como autor del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel. III. por unanimidad **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que condenó a Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel



Fuertes Benites, como autores del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel, a ocho años de pena privativa de libertad y fijó en cien mil nuevos soles el monto de reparación civil que abonarán en forma solidaria a favor de la parte agraviada; y reformándola: **ABSOLVIERON** a los citados encausados Candia Cartolín y Fuertes Benites de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito y agraviado antes citados. IV. **ORDENARON** la inmediata libertad de los encausados Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites, siempre y cuando no subsista en contra de los citados, orden de detención emanada de autoridad competente, para cuyo efecto deberá oficiarse vía fax a la Sala Penal Superior respectiva. V. **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los precitados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso en este extremo. VI. por mayoría (con el voto discordante de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado) **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que condenó a Marcial Francisco Soria Serrano como autor del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel, a doce años de pena privativa de libertad y fijó en cien mil nuevos soles el monto de reparación civil que abonarán en forma solidaria a favor de la parte agraviada; Reformándola: establecieron que el tipo penal aplicable es el de homicidio culposo, previsto en el segundo párrafo del artículo ciento once del Código Penal (vía desvinculación de la acusación fiscal, conforme con el artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales); **IMPUSIERON** la pena privativa de libertad en cuatro años efectiva, que se computará desde el catorce de octubre de dos mil diez y vencerá el trece de octubre de dos mil catorce; y por unanimidad **FIJARON** en treinta y cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 3873-2013
LIMA**

abonará Marcial Francisco Soria Serrano a favor de la parte agraviada;
con lo demás que contiene y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

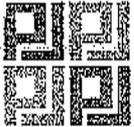
CEVALLOS VEGAS

NF/ jhsc

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dña. PIVAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

05 AGO 2014



EL VOTO DISCORDANTE DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA BARRIOS ALVARADO, EN CUANTO AL EXTREMO DE LA CONDENA DE MARCIAL FRANCISCO SORIA SERRANO, ES COMO SIGUE:

PRIMERO. Discrepo de mis colegas respecto a la calificación de los hechos que se da con relación al comportamiento desarrollado por el procesado Marcial Francisco Soria Serrano, pues considero que el elemento subjetivo con el que actuó no es culposo (negligencia), sino que se halla dentro del supuesto de dolo eventual, como se verá.

SEGUNDO. Para evaluar si la conducta de Marcial Francisco Soria Serrano es dolosa o culposa debe de atenderse a que: i) El inculpado es un efectivo policial, conocedor del procedimiento para intervenir a una persona, de acuerdo con el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por Resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos, del año dos mil seis, asumiendo en el momento de la intervención policial un deber de vigilancia de los bienes jurídicos –es un protector de bienes jurídicos–. ii) Que al momento de la acción criminal el agraviado se encontraba en condiciones reales de indefensión y capacidad de resistencia limitada, pues los policías que en ese momento lo conducían a una unidad policial estaban en la posibilidad real de reducirlo, estos son: Daniel Loayza Carbajal, Marcial Francisco Soria Serrano, Carlos Johnny Candia Cartofín y Danilo Lionel Fuertes Benites; por tanto, su superioridad numérica haría inviable cualquier pretensión de fuga del intervenido. iii) El dictamen pericial de psicología forense de fojas doscientos setenta y ocho, practicado al encausado Soria Serrano, concluye que este presenta baja autoestima, necesidad de presentarse fuerte y dominante de manera compensatoria, frente a las demandas del entorno se muestra ansioso e impotente, tendiendo al despliegue de



reacciones agresivas y hostiles. Denota proclividad para el incumplimiento de las normas sociales, pero es imperativo e intolerante con las faltas de los demás. iv) La ratificación en el acto oral de los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores de fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis, señala que para ocasionar la muerte se requiere de tres a cinco kilos de presión de fuerza para impedir el retorno venoso y la oxigenación del encéfalo, lo que produce cianosis y edema encefálico, pero que una presión mayor va a producir, como en este caso, luxación occipitoloidea, luxación a nivel cervical C-cinco y C-seis.

TERCERO. En el presente caso el agente es un efectivo policial entrenado, por tanto, tiene la capacidad de saber si en el caso en concreto su acción puede generar un resultado típico, pues el hecho de ejercer una tracción en el cuello del agraviado no es un acto que no pueda manejar a voluntad, al contrario, es evidente que al efectuar este tipo de estrangulamiento el agente es capaz de discernir cuanta fuerza debe aplicar para inmovilizar al agraviado, cuanta para dejarlo inconsciente y cuanta para matarlo; el policía no es un ciudadano común, sino un agente entrenado.

CUARTO. Este, además, al momento de la intervención policial, y al asumir el rol de mitigar la resistencia del agraviado, era un garante de la vida del mismo, en tal sentido, si bien como se señala, en este tercer momento el agraviado actuó de forma violenta contra sus interventores -para tal afirmación solo contamos con el dicho de los inculcados-, es de valorar que estos eran mayor en número y portaban sus armas de reglamento, en consecuencia, tenían la fuerza disuasiva necesaria para detenerlo sin causar daño a su vida. Entonces, Soría Serrano asumió un deber de garante por deberes de asunción, que se da en los casos en los cuales el

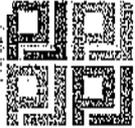


obligado sujeta su conducta al cumplimiento de una obligación que él ha asumido voluntariamente y de la que luego no se puede desentender⁸, como es el traslado a una dependencia policial al agraviado, quien quedó a su cargo.

QUINTO. Es de particular importancia que se considere la superioridad numérica de los agentes intervinientes y su capacidad de poder inmovilizar al agraviado, ya que ello nos lleva a la conclusión que el encausado Soria Serrano pudo actuar de forma distinta a la que actuó, pues teniendo cogido del cuello al agraviado, lo pudo haber dejado inconsciente sin necesidad de causarle una luxación occipitocaloidea, luxación a nivel cervical C-cinco y C-seis; y como señalan los peritos, para darle muerte no era necesario causarle esa lesión, solo bastaba una presión de tres a cinco kilos, entonces, para reducirlo necesitaba una presión menor a tres kilos; por ello, la aparición de esta lesión acredita que el actuar del acusado fue totalmente desproporcionado.

SEXTO. No obstante haberse desarrollado los hechos en el trayecto de traslado del agraviado, y ello por regla de experiencia nos puede conducir a afirmar que no es posible que un funcionario policial en pleno ejercicio de sus funciones desarrolle un acto ilícito –dar muerte– en plena vía pública, en el presente debe valorarse que el dictamen pericial de psicología forense refleja que el acusado frente a las demandas del entorno se muestra ansioso e impotente, tendiendo al despliegue de reacciones agresivas y hostiles, de ahí que en vez de ejercer una fuerza proporcional para inmovilizar al agraviado lo que hizo fue actuar de forma agresiva tomándolo del cuello y de una forma excesiva ejercer presión hasta quitarle la vida, momentos en los que no es posible afirmar que su

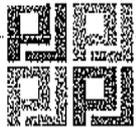
⁸ CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Ara editores, Lima, 2010, p. 64.



conducta obedeció a la infracción de un deber objetivo de cuidado y actuó negligentemente, sino que su reacción al ejercer una fuerza mayor a la necesaria obedeció a que se dejó llevar por sus impulsos sin importarle la afectación que pueda causar, contraviniendo su conducta al mandato imperativo de preservar la vida; es así que los actos que realizó incrementaron el riesgo en el bien jurídico vida del agraviado, hasta tal punto que esta acción ocasionó la muerte en el instante del mismo, acto que era plenamente previsible para el agente, pues la probabilidad de que con su acción se causara la muerte era cierta, empero, pese a la representación del hecho como probable, sin importar ello, continuó con su actuar.

SÉPTIMO. Siendo ello así, cabe reconducir estos hechos al delito de homicidio doloso del artículo ciento seis del Código Penal que sanciona al que mata a otro con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. Por lo que de conformidad con el Acuerdo Plenario cero uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis; en aplicación del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales, cabe desvincularse del tipo penal imputado en la acusación fiscal, al tipo penal de homicidio doloso cuyo elemento subjetivo que condujo su ánimo es dolo eventual, dejando sentado que los hechos incriminados no han sido mutados y ha tenido de los mismos la oportunidad de defenderse.

OCTAVO. Estando a que la sanción para el delito de homicidio doloso es de una pena privativa de libertad mínima de seis y no mayor de veinte años, la pena impuesta de ser proporcional a la lesión al bien jurídico, en este caso, el de mayor valor, vida, al que se aúna que el mismo fue realizada faltando a su deber de protección de bienes jurídicos, hallándose el agraviado en total indefensión frente a sus intervinientes, lo



que agrava su conducta, meritiéndose también que el evento se realizó a título de dolo eventual, por lo que la pena a imponer debe ser la de doce años de pena privativa de libertad.

NOVENO. En cuanto a los acusados Daniel Loayza Carbajal, Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites, la imputación en su contra tiene que ver con su participación para reducir al agraviado, que señala el Fiscal condujo a la muerte de este. En concreto, la acusación fiscal establece que estos tomaron de las manos al agraviado, mientras Soria Serrano lo tomaba del cuello y estrangulaba.

DÉCIMO. Sin embargo, de lo revisado de autos –desde la perspectiva de participación criminal– no se ha podido probar la existencia de coautoría de estos, pues esta figura requiere: i) Un plan criminal común y reparto de funciones. ii) Una intervención dentro de la fase ejecutiva del plan criminal. Así no se ha podido acreditar que existiera un plan anterior para matar al agraviado, pues lo que en realidad ocurrió fue que el encausado Soria Serrano ante la resistencia de aquel le aplicó una fuerza excesiva que produjo la muerte de éste.

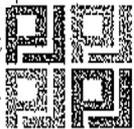
DÉCIMO PRIMERO. Incluso, fuera de la luxación occipitoloidea, que causó la muerte, las demás lesiones, como señalaron los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores en la ratificación en el acto oral de fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis; son mínimas, pues solo son lesiones escoriativas que requieren una incapacidad de uno a dos días y las equimóticas de hasta cuatro días, producidas en cabeza, espalda y extremidades, como se ve del informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete; es decir, las lesiones que pudieron haber ocasionado Daniel Loayza Carbajal, Carlos Johnny



Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites, no son relevantes para producir el resultado muerte y en ningún caso podría representar un aporte significativo al delito de homicidio.

DÉCIMO SEGUNDO. La muerte del agraviado solo tuvo como causante la luxación occipitocaloidea producida por el procesado Soria Serrano a través de una acción de estrangulamiento con brazo y antebrazo, tipo palanca, por lo que no requirió del auxilio de otra persona, pues su sola acción fue suficiente para cometer el delito.

DÉCIMO TERCERO. En el Derecho Policial un policía tiene el deber de actuar discrecionalmente conforme al deber contra las interferencias o perturbaciones hacia la seguridad o el orden público, ello entraña la obligación de intervenir jurídico-policialmente, un deber de actuar jurídico-penal a ser cumplido según Ley. En el presente, el problema radica en determinar si los otros funcionarios policiales tenían el deber jurídico-penal de intervenir frente al acto excesivo de su coacusado Soria Serrano. Es indudable que asumían la posición de garante, de vigilar determinadas fuentes de peligro y, de otro lado, de proteger estos bienes jurídicos frente a cualquier peligro o amenaza. Es válido afirmar en línea general que el funcionario policial asume una posición de garante desde el instante en que su especial responsabilidad se origina en la aceptación de su cargo, o sea, es titular de un deber propio de su función, empero, ello no necesariamente despliega una relevancia jurídico-penal; pues si bien es cierto, por sus atribuciones estatales de intervención, puede tomar medidas más efectivas de las que puede realizar cualquier ciudadano común y por su formación, experticia profesional está en mejores condiciones para superar situaciones críticas, en el presente, analizando el curso causal de los acontecimientos, es posible establecer que la



expectativa de estos respecto del comportamiento de su encausado iba en la línea de confiar en que la conducta de Soria Serrano se adecuaba a lo establecido por las Leyes como una intervención regular; sin posibilidad de percatarse del exceso, tanto más cuando el hecho se realiza a título de dolo eventual y en un lapso breve de tiempo.

Esto se condice con el principio de confianza, que habilita a las personas a suponer (confiar) que los demás se comportarán de acuerdo a su rol; esto es, ejecutando obligaciones de modo adecuado y no efectuando aquello que se les tiene prohibido; entonces, es lícito obrar como si los otros intervinientes obraran de modo correcto, aun cuando de hecho no lo hagan?; como indica Jakobs, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás¹⁰.

DÉCIMO CUARTO. La presunción de inocencia se presenta en el proceso penal como regla: 1) regla de tratamiento del imputado, 2) regla de prueba y 3) regla de juicio¹¹. La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio para la decisión final. En el presente caso, estando a que los medios de prueba referentes a las lesiones producidas no concluyen en una responsabilidad de los acusados y que sus propias declaraciones no implican que hayan aportado algún acto delictivo, estamos ante el supuesto de insuficiencia de pruebas, pues no existe material probatorio suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia del procesado, conforme con el artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde la absolución.

⁹ CANCIÓ MELÍA, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ad Hoc, buenos Aires, 1998, p. 26.

¹⁰ JAKOBS, Gunther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2001, traducción de Manuel Cancio Melía, p. 105.

¹¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, p. 150 y ss.



DECISIÓN:

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque se declare **I. HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que condenó a Marcial Francisco Soria Serrano como autor del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel; Reformándola: se establezca que el tipo penal aplicable es el de homicidio doloso, previsto en el artículo ciento seis del Código Penal (vía desvinculación de la acusación fiscal), conforme con el artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales). **II. NO HABER NULIDAD** en el extremo que impuso doce años de pena privativa de libertad, que se computará desde el catorce de octubre de dos mil diez y vencerá el trece de octubre de dos mil veintidós; y los devolvieron.

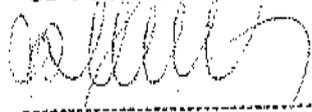
S.

BARRIOS ALVARADO



**JURISTA
EDITORES**

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Dña. PILAR SALAS GAMATE
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

08 ABO 2014

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N.º 6-2018/AYACUCHO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Sumilla. Alcances del dolo y delito de prevaricato

1. Desde el tipo objetivo, se tiene que el agente o sujeto activo de la prevaricación debe ser un juez que dicte una resolución en el marco de un proceso jurisdiccional, y esta resolución ha de tener un fundamento de derecho "...manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley" –el quebrantamiento del Derecho objetivo–. La interpretación de un precepto legal –de cualquier jerarquía normativa y ámbito jurídico–, por su claridad y contundencia, no debe permitir, razonablemente y dentro del ámbito de la ciencia jurídica, una opción hermenéutica alternativa a la que estableció el juez cuestionado. El torcimiento flagrante del derecho es lo esencial en la tipicidad objetiva, no hay en este caso una opción jurídicamente defendible. 2. El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal. En el presente caso, tratándose incluso de un juez, el conocimiento del Derecho está en función a su propio rol, a lo que se exige de él –conocer las normas sobre inscripción de partidas de nacimiento es, desde luego, factible un conocimiento en atención a sus circunstancias personales–.

–SENTENCIA DE APELACIÓN–

Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Superior Titular de la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de Ayacucho contra la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de veintidós de enero de dos mil dieciocho, que absolvió al imputado Mabilo Zósimo Valdivia Acevedo de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de prevaricato (artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal) en agravio del Estado –Poder Judicial–; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Primera Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho dictó la sentencia de fojas ochenta y nueve, de veintidós de enero de dos mil dieciocho. Declaró que el encausado Valdivia Acevedo, en su actuación como juez del Juzgado Mixto de Chungui, provincia La Mar, departamento de Ayacucho, en el expediente número veinte – dos mil diez, emitió la sentencia de fojas treinta y uno, de veintisiete de agosto de dos mil diez, por la cual declaró fundada la solicitud de inscripción de partida de nacimiento de Maximiliana Núñez Valenzuela y, en consecuencia, ordenó que se efectúe la inscripción respectiva en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Distrital de Chungui. Ésta se efectuó según se da cuenta en autos y se asume en la sentencia apelada.

Se atribuye al juez Valdivia Acevedo contravenir en la sentencia cuestionada el texto claro y expreso del artículo 826 del Código Procesal Civil, que establece que la solicitud de inscripción de partida de nacimiento se rige por la ley de la materia, en este caso, la Ley 26497, de doce de julio de mil novecientos noventa y cinco (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).

Debe puntualizarse, según se advierte de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria de fojas tres, de veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, la promoción de la acción penal se concretó en virtud de la Disposición autoritativa de la Fiscalía de la Nación de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

SEGUNDO. Que contra la sentencia absolutoria de primera instancia el Fiscal Superior Titular de la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de Ayacucho interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas ciento tres, de seis de febrero de dos mil dieciocho; alzada que fue concedida por auto de fojas ciento catorce, de doce de marzo de dos mil dieciocho.

El señor Fiscal Superior argumentó que el juez acusado actuó dolosamente por aplicar incorrectamente el derecho; que, en el presente caso, existe un precepto expreso, cuyo significado se extrae de su interpretación; que el artículo 826, primer párrafo, del Código Procesal Civil en materia de inscripción de partidas de nacimiento se remite a la Ley de la materia; que se vulneró el texto expreso y claro de los artículos 49 y 47 de la Ley 26497, de doce de julio de mil novecientos noventa y cinco (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil); que las normas antes citadas con claras y expresas; que la sentencia de primera instancia impugnada carece de una debida motivación.

TERCERO. Que por auto de fojas veinticinco, de uno de junio de dos mil dieciocho, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de

apelación y se corrió traslado a las demás partes procesales para que ofrezcan pruebas, trámite que no se realizó por la inactividad de las partes.

Se personó la Procuraduría Pública del Poder Judicial [fojas treinta y tres del cuadernillo de apelación], pero no formuló alegaciones escritas.

Con fecha treinta de enero del año en curso la Fiscalía Suprema presentó su requerimiento escrito, el mismo que corre agregado en autos.

CUARTO. Que la audiencia de apelación de sentencia se realizó el día treinta y uno de enero de este año. Se hizo presente el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, parte recurrente. La Fiscalía Suprema formuló sus alegatos orales. A su terminación, se dio por clausurado el debate oral.

QUINTO. Que deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de vista en los términos que a continuación se consignan. Se programó el día de la fecha para la audiencia de lectura de la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la sentencia recurrida absolvió al juez acusado e incorporó como razonamientos los siguientes:

1. El debate se centró en determinar si las proposiciones fácticas configuran una decisión manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley.
2. No existe medio de prueba que acredite que el imputado actuó con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de que actuaba con manifiesta contrariedad con el texto expreso y claro de la ley.
3. No se ha probado que la ley inequívocamente prohíba la inscripción judicial de una partida de nacimiento. Si bien la Fiscalía sostiene que la pretensión de la solicitante Maximiliana Núñez Valenzuela solo era amparable administrativamente y, por ello, no debió asumir competencia.
4. No es posible extender los alcances del tipo penal de prevaricato al supuesto de admisión de una solicitud de inscripción de partida de nacimiento, pues se afectaría el principio de legalidad penal.

SEGUNDO. Que en el presente proceso, como convención probatoria, se aceptaron los hechos atribuidos, pero se controvirtió la configuración típica de los mismos. Así consta de la resolución de fojas ochenta y dos, de veintidós de enero de dos mil dieciocho.

El imputado Valdivia Acevedo en el acto oral se acogió a su derecho al silencio, como consta del acta de audiencia de fojas ochenta y dos, de veintidós de enero de dos mil dieciocho.

TERCERO. Que la pretensión impugnativa del Fiscal Superior está constituida como causa de pedir por un *vicio in iure* incurrido por el Tribunal Superior respecto a los alcances del tipo objetivo y subjetivo del delito de prevaricato; y, como tal, su *petitum* es revocatoria –aunque sin mayores argumentos en este ámbito de la pretensión–.

Desde ya es necesario enfatizar que la modalidad típica atribuida es la de prevaricato de derecho. En este punto el artículo 418 del Código Penal, modificado por la Ley 28492, de doce de abril de dos mil cinco, prescribe, en lo pertinente, que: “El Juez...que dicte una resolución..., manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley..., será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

CUARTO. Que, desde el tipo objetivo, se tiene que el agente o sujeto activo de la prevaricación debe ser un juez que dicte una resolución en el marco de un proceso jurisdiccional, y esta resolución ha de tener un fundamento de derecho “...manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley” –el quebrantamiento del Derecho objetivo–. La interpretación de un precepto legal –de cualquier jerarquía normativa y ámbito jurídico–, por su claridad y contundencia, no debe permitir, razonablemente y dentro del ámbito de la ciencia jurídica, una opción hermenéutica alternativa a la que estableció el juez cuestionado. El torcimiento flagrante del derecho es lo esencial en la tipicidad objetiva, no hay en este caso una opción jurídicamente defendible (conforme: Sentencias del Tribunal Supremo de España 102/2009, de tres de febrero, y 877/1998, de veinticuatro de junio).

El tipo subjetivo es, desde luego, doloso. El dolo no se prueba, se atribuye o se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal. En el presente caso, tratándose incluso de un juez, el conocimiento del Derecho está en función a su propio rol, a lo que se exige de él –conocer las normas sobre inscripción de partidas de nacimiento es, desde luego, factible un conocimiento en atención a sus circunstancias personales– [véase: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 2da. Edición, Jurista Editoras, Lima, 2012, pp. 493-494].

QUINTO. Que, en el presente caso, es patente que el juez imputado carecía por completo de jurisdicción sobre el caso, como fluye del texto claro y expreso del artículo 826, primer párrafo, del Código Procesal Civil, que remite a los artículos 49 y 47 de la Ley 26497, de doce de julio de mil novecientos noventa y cinco (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil);

incluso las disposiciones legales que invocó eran ostensiblemente impertinentes: artículos 35, 44 y 61 del Código Civil. La claridad del texto legal permite afirmar que estaba en condiciones de conocer que no podía asumir jurisdicción y amparar una pretensión que no podía plantearse directamente ante el Poder Judicial –ésta de conocimiento de la RENIEC–. No existe ninguna posibilidad hermenéutica para estimar que, más allá de un error de juicio, sería razonable sostener que la jurisdicción podía conocer directamente de la solicitud de doña Maximiliana Núñez Valenzuela. Entonces, los elementos típicos, objetivos y subjetivos, del delito de prevaricato se cumplen acabadamente.

El hecho acordado por las partes a su vez debe encuadrarse en el ordenamiento. Ese hecho: inscripción de una partida de nacimiento, no podía ser materia de un proceso jurisdiccional, pues correspondía conocerlo a la Administración. Se está ante un presupuesto procesal del órgano jurisdiccional, notoriamente vulnerado por el juez de la causa, el cual es apreciable de oficio.

SEXTO. Que, en consecuencia, la sentencia recurrida incurrió en un claro *error iuris* al interpretar los alcances del tipo penal de prevaricato de derecho. Su entendimiento del Derecho penal ha sido erróneo, al punto incluso que planteó exigencias inaceptables, como que el dolo se prueba y con un medio de prueba específico, tanto más si se trataba de analizar el alcance de una disposición legal.

Ha de aceptarse, por tanto, la *causa de pedir* del Ministerio Público. La petición fue revocatoria –y, en tal virtud, que se sustituya la absolución con una condena, pedido no asumido por la Fiscalía Suprema en lo Penal conforme al requerimiento antes citado–. Las diferencias entre la Fiscalía Suprema y la Fiscalía Superior no inciden en los hechos ni en la causa de pedir, solo en el *petitum* o petición –qué decisión se reclama del órgano jurisdiccional de alzada–.

SÉPTIMO. Que, ahora bien, la motivación del Tribunal Superior ha sido ilógica. Planteó un alcance indebido del precepto material y exigió prueba específica para la acreditación del tipo subjetivo. Estimó que por lo ocurrido en el proceso, por la existencia de una convención probatoria, no cabía una opción distinta, sin siquiera examinar los alcances de esa institución jurídica. La insuficiencia motivacional y, luego, la ilogicidad de las inferencias probatorias utilizadas, a un análisis indebido del tipo penal de prevaricato, determinan un supuesto de nulidad procesal, al amparo del artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.

OCTAVO. Que no se imponen costas porque si bien el recurso lo ganó el Ministerio Público, el imputado no se opuso al recurso. Es de aplicación el artículo 504, numeral 2, última oración, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **FUNDADO**, parcialmente, el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Superior Titular de la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de Ayacucho contra la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y nueve, de veintidós de enero de dos mil dieciocho, que absolvió al imputado Mabilo Zósimo Valdivia Acevedo de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de prevaricato (artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal) en agravio del Estado –Poder Judicial–; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, declararon **NULA** la referida sentencia de primera instancia; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** se remita el proceso al Tribunal Superior para que otro Colegiado realice nuevo juicio oral y emita sentencia siguiendo los lineamientos jurídicos indicados en esta Ejecutoria. **DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHAVEZ MELLA

CSM/abp

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

**EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMO BARRIOS ALVARADO ES
COMO SIGUE:**

PRIMERO: Como se estableció por la ejecutoria suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fajas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; por errónea interpretación de la ley penal, al considerar de interés casacional que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad **primaria** o **secundaria**. Conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

SEGUNDO: En el caso de autos se advierte que a la encausada Francisca Correa Montenegro, en primera instancia, se le condenó por el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primaria** a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación se determinó que su conducta constituiría una **complicidad secundaria**.

TERCERO: La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el derecho penal peruano, cuya regulación se encuentra estipulada en el artículo veinticinco del Código Penal que prevé: "El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

prevista para el autor. A los que de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". Dicho aquello, la complicidad puede considerarse como una forma de participación criminal en donde caben a modo de "cajón de sastre"⁵ todo auxilio, ayuda o cooperación intencional para la realización de un delito doloso que no constituye autoría, coautoría o autoría mediata.

CUARTO: La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico⁶. Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro⁷ que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

QUINTO: En ese sentido, la ley distingue dos niveles o grados de complicidad convirtiéndolos en indispensables y no indispensables⁸. La calidad del aporte dependerá siempre de su naturaleza imprescindible y su eficacia en la lesión del bien jurídico; sin embargo, el valor central del aporte no deja de vincularse al desarrollo del proceso de ejecución del delito. Así, la **cooperación necesaria o complicidad primaria** sólo será posible en la etapa preparatoria, antes del principio de ejecución (tentativa); en tanto, de otro modo aquella cooperación se convertiría en coautoría. **La complicidad secundaria, o simple**, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede

⁵ GÓMEZ BENTES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito; p. 533.

⁶ ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 403.

⁷ WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 170.

⁸ SOLER SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. II; p. 277.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

realizarse tanto en la fase preparatoria del delito como en la ejecutiva hasta la consumación.

SEXTO: Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho delictivo ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho. La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos e imparciales, que tengan en cuenta la naturaleza o el valor del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación.

SÉTIMO: Bajo este contexto, la conducta desplegada por Doña Correa Montenegro si tiene relevancia penal, toda vez que: *"Esencialmente el partícipe no tiene ninguna manera de dominio del hecho"; siendo así, sus actos no lesionarán el bien jurídico, sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en razón a que contribuye a poner en peligro al bien jurídico que será lesionado por el autor¹⁰"*

OCTAVO: Es decir, la condena impuesta a la encausada Correa Montenegro encuentra su fundamento en que contribuyó de manera determinante a poner en peligro el bien jurídico, pues con su aporte se logró la perpetración del ilícito penal, conforme lo ha detallado la sentencia al pronunciarse respecto a lo señalado por la menor agraviada: *"... sabe que el señor Gilberto la ha violado, que a llegado a su casa de la señora sola, porque ella le decía para ir y estar ahí y luego llegaba el señor Gilberto y*

⁹ Nifo Batista, 1979, Pág. 120-121, Concurso de agentes, Editorial Liber Juris, Río de Janeiro.

¹⁰ Berdugo, 1999, Pág. 326, citado por Felipe Villavicencio Terreros en Derecho Penal-Parte General, Pág. 493 cuarta reimpresión, enero 2013, editorial Grijley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

la señora lo consentía, eso fue en el dos mil nueve, durante los meses de enero, marzo y junio..." "... que era Francisca quien le decía para hacer con el señor, esto es para tener relaciones con el señor, Gilberto aceptada y la declarante también porque él le ofrecía plata, una vez le dio diez soles..." sic; hecho probado que objetivamente demuestra aporte de la inculpada en el hecho delictual del autor.

NOVENO: Ahora bien, para determinar si la participación de Correa Montenegro fue a título de cómplice primario o secundario, se debe de establecer la relevancia del aporte en la comisión del delito, sin la cual no se hubiera concretado y el momento en el que se presenta la contribución.

DÉCIMO: En el caso concreto se determinó que el hecho delictivo -violación sexual- fue llevado a cabo en varias oportunidades, dos de las cuales se dieron en la casa de la encausada, por lo que está plenamente acreditado que la conducta desempeñada por ésta si bien no fue imprescindible para la comisión del delito -ya que se concretó el delito en otras cinco oportunidades sin su ayuda- aportó causalmente a su ejecución.

DÉCIMO PRIMERO: Por tanto, si bien el hecho delictivo se hubiera podido perpetrar sin su ayuda o con ayuda de cualquier otra persona; ello no excluye su responsabilidad respecto de las dos oportunidades en las que prestó apoyo para la comisión del delito, lo único que determina es que su participación para cometer el delito era reemplazable(irrelevante) y si bien la conducta de ayudar al hecho delictivo hubiera podido ser

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

realizado por cualquier otra persona -ya que cualitativamente podría haber sido reemplazada-, en el presente caso su participación fue relevante para la consumación del hecho delictivo, ya que con sus acciones produjo un incremento del riesgo relevante en razón del cual favoreció causalmente la conducta del autor, incrementando incluso las posibilidades de éxito en la comisión del delito de violación sexual, por lo que es susceptible de reproche penal a título de cómplice secundario.

DÉCIMO SEGUNDO: Finalmente, es de precisar que la conducta desplegada por la procesada no es neutral, ya que la misma no es una conducta inocua, cotidiana, ni mucho menos banal, tampoco se encontraba desempeñando un rol en concreto, la conducta de la procesada favoreció a la comisión del hecho delictivo -violación sexual- ya que no sólo autorizó el uso de su inmueble para la consumación del hecho sino que realizó actos concretos para facilitar el encuentro entre el inculpado y la menor agraviada cuando ésta contaba con trece años de edad, actuando dolosamente en su aporte.

DECIMO TERCERO: Que, el artículo quinientos cuatro, inciso dos, del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del aludido Código Adjetivo, y no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones **MI VOTO** es porque se declare **I. INFUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de doctrina

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal, interpuesta por Francisca Correa Montenegro contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete, que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que la condenó como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., y revocó el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas por la tramitación del recurso, que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a las partes procesales.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

S.S

BARRIOS ALVARADO



8 MAR 2014

21



Dr. Luis Jorge Oyeda Barzorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 367-2011

Lima, quince de julio de dos mil trece.-

AUTOS y VISTOS; y ATENDIENDO: Que, en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, décimo fundamento jurídico se consigna que *"la presente sentencia en su extremo penal se cumplirá provisionalmente por la naturaleza y gravedad del delito y peligro de fuga de la condenada (...)";* que este hecho indujo a error al Supremo Colegiado al ordenar la libertad de la citada imputada, cuando su situación jurídica era la de reo contumaz con orden de ubicación y captura; que, de conformidad con el artículo 124° del Código Procesal Penal es menester aclarar el extremo decisorio, pues, no se afecta el sentido de la resolución: **ACLARARON** la sentencia del quince de julio de dos mil trece, numeral IV del extremo decisorio, para **ESTABLECER** que en el presente caso no hay orden de libertad respecto de Francisca Correa Montenegro; **MANDARON** que por secretaria se oficie a las autoridades competentes para levantar las órdenes de captura impartidas contra la citada imputada derivadas del presente proceso; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea parte de la sentencia, agregándose copia certificada al expediente principal. Oficiése y notifíquese.-

SS

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

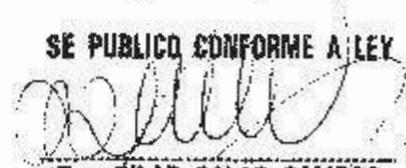
BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

svl

15 JUL 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA