



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 1334-2019/LIMA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

El tipo penal de homicidio simple en grado de tentativa

Sumilla. Si bien el Ministerio Público calificó los hechos en el tipo penal de homicidio calificado por ferocidad, es evidente que tal circunstancia agravante específica no se presentó. En efecto, el imputado no solo no actuó con dolo directo –lo hizo con dolo eventual– sino que no conocía al agraviado ni tuvo discusión o algún encuentro, así fuese imaginario con él; ambos no se cruzaron siquiera, ni antes, ni en el momento ni después de los hechos. Por la forma como actuó se representó el resultado muerte que podía causar al disparar sin ton ni son y, pese a ello, asumió el riesgo de hacerlo y ratificar la ejecución de los disparos. Se trató, por tanto, de un delito de homicidio simple, no por ferocidad. Se trató de una tentativa de homicidio, por lo que se debe imponer una pena por debajo del mínimo legal. El imputado carece de antecedentes, pero usó un arma de fuego sin tener la licencia respectiva–esta arma no ha sido hallada–. La pena impuesta, de cinco años de privación de libertad, es proporcional al contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho.

Lima, veintinueve de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE LIMA y el encausado JOAQUÍN REYNALDO ALBARRACÍN MÁRQUEZ contra la sentencia de fojas ochocientos diecisiete, de veintiocho de mayo de dos mil diecinueve, que condenó a Joaquín Reynaldo Albarracín Márquez como autor del delito de homicidio simple tentado en agravio de Josué Víctor Rodas Cadenas a cinco años de pena privativa de libertad y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

OÍDO el informe oral.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. DE LAS PRETENSIONES IMPUGNATIVAS DE LAS PARTES

PRIMERO. Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso de nulidad formalizado de fojas ochocientos cuarenta y seis, de cinco de junio de dos mil diecinueve, requirió se califique el delito como homicidio calificado tentado y se aumente la pena impuesta. Argumentó que se trató de un delito por ferocidad, pues el imputado tenía la noción de las consecuencias de su conducta al utilizar un arma de fuego y realizar tres disparos a quemarropa y

en distintas direcciones, uno de los cuales impactó en la nalga del agraviado, por lo que actuó con absoluto desprecio por la vida y no había motivo para el ataque con arma de fuego.

SEGUNDO. Que el encausado Albarracín Márquez en su recurso de nulidad formalizado de fojas ochocientos sesenta, de once de junio de dos mil diecinueve, instó la absolución de los cargos. Alegó que la primera declaración del agraviado la prestó cuando se encontraba prostrado y con lesiones de gravedad, por lo que no puede tener la misma incidencia respecto de sus ulteriores declaraciones; que si bien sus declaraciones son disímiles, ello se debió a que no quiso perjudicar a su primo hermano Henry Antonio Jaime Albarracín, verdadero autor de los disparos, lo que está corroborado por las declaraciones de su enamorada, de la amiga de esta última y de un periodista; que el perito de parte señaló que la pericia oficial adoleció de graves irregularidades en su confección y omitió protocolos; que la sentencia no examinó íntegramente la pericia de parte.

§ 2. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

TERCERO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día cinco de agosto de dos mil dieciocho, como a las cinco horas con treinta minutos, cuando el agraviado Rodas Cadena, acompañado de sus amigos Cristian y José Antonio, así como de algunos vecinos, se retiraban de un local ubicado en pasaje Las Margaritas doscientos setenta y uno, La Victoria, donde habían estado desde la noche del día anterior para celebrar un cumpleaños, observó que una pareja formada por el imputado Albarracín Márquez y su enamorada Rosmery Fiorella Arasca Zanelly discutía y se encontraban peleando en el pavimento en el frontis de citado local. Es así que el encausado Albarracín Márquez de improviso sacó un arma de fuego y realizó indistintamente tres disparos. Uno de los proyectiles impactó al agraviado Rodas Cadena en la nalga derecha que salió por el testículo izquierdo, a consecuencia de lo cual fue conducido por una vecina del lugar, Eva Doris Gomero Cristóbal, y lo condujo al Hospital Dos de Mayo. A las seis horas con cincuenta y dos minutos el Suboficial Brigadier Policía Nacional del Perú Carbajal Castro se acercó al servicio de emergencia del citado hospital y mostró al citado agraviado una imagen de Ficha RENIEC del imputado, que éste inmediatamente reconoció como el autor de los disparos por arma de fuego.

§ 3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO

CUARTO. Que, según la Ocurrencia de Calle diez sesenta y dos, transcrita a fojas dos, cuando el agraviado ingresó al servicio de emergencia del Hospital

dos de Mayo refirió que el conocido como “Joaquincito”, hijo de un regidor de la Municipalidad de La Victoria fue el autor de los disparos por arma de fuego. El efectivo policial Jacinto Carbajal Castro en su declaración sumarial de fojas doscientos noventa y nueve y plenarial de fojas setecientos once vuelta así lo confirmó.

∞ El encausado Albarracín Márquez se presentó ante la DEPINCRI de La Victoria – San Luis ese mismo día, a las once horas con treinta minutos, para denunciar un robo en su agravio, pero como ya había llegado la transcripción de la denuncia policial por los hechos en agravio de Rodas Cadena en la que se mencionaba su primer nombre y que era hijo de un regidor de la Municipalidad de La Victoria se le capturó, como consta del acta de intervención de fojas veintiuno y de las declaraciones de los policías Chávez Panduro y Díaz Fernández [declaraciones preliminar y plenarial fojas veintidós y setecientos trece, y declaración plenarial de fojas veinticuatro, respectivamente]. De la primera declaración fluye la sindicación que el propio agraviado, quien siempre estuvo consciente, al encausado Albarracín Márquez.

∞ El referido día, a las catorce horas con siete minutos, se realizó el examen pericial de análisis de residuos de disparos por arma de fuego en las manos del encausado Albarracín Márquez. El dictamen pericial RD 4370/18, de siete de agosto de dos mil dieciocho, arrojó resultado positivo para plomo, bario y antimonio, compatibles con restos de disparos por arma de fuego en ambas manos.

QUINTO. Que el agraviado en el acta de entrevista de fojas diecisiete, con fiscal, al declarar en el Hospital Dos de Mayo, reconoció al acusado Albarracín Márquez como el autor de los tres disparos, uno de los cuales le impactó. Empero, cuarenta y seis días después, se retractó y negó conocer al encausado y haberlo sindicado [preventiva de fojas doscientos ochenta y dos]. En su preventiva ampliatoria de fojas cuatrocientos doce precisó que su madre le dijo que los padres del encausados la apoyaron con los gastos médicos, comprar de medicamentos y trámite del SIS, lo que reiteró en sede plenarial a fojas seiscientos veintiséis.

∞ La madre del agraviado, Rosario Victoria Cadenas Trujillo, primero insistió en que el autor de los disparos fue el imputado Albarracín Márquez y que si bien su hijo en su preventiva declaró lo contrario fue porque se le ofreció dinero para su curación [acta fiscal de fojas trescientos cuatro], pero en su declaración sumarial de fojas cuatrocientos quince y plenarial de fojas seiscientos veintinueve se retractó, aunque mencionó que la madre del encausado la ayudó a pagar los gastos de curación de su hijo. Esto último ha sido reconocido por la madre del encausado, Margarita Luz Márquez Vargas, con la precisión de que tuvo que hacerlo porque el agraviado le pidió apoyo y

que cuando le solicitó que diga la verdad, insistía en sus necesidades de curación y que luego diría la verdad –ella acotó, además, que el verdadero autor de los disparos fue su sobrino Henry Antonio Jaime Albarracín–.

SEXO. Que el encausado Albarracín Márquez en su declaración preliminar, con fiscal de fojas veintinueve, solo expresó que cuando salía de la discoteca fue asaltado por cuatro sujetos, quienes lo golpearon en la cabeza y le robaron su billetera; que acto seguido se retiró a su casa acompañado de su enamorada Rosemary; que no escuchó ni observó que alguien efectuó algún disparo. Esta versión de ajenidad e inocencia es reiterada en su instructiva de fojas doscientos sesenta. Recién en su declaración plenaral de fojas seiscientos veinte apuntó que el que el realizó los disparos fue su primo hermano Henry Antonio Jaime Albarracín, a quien no lo sindicó antes porque no quiso perjudicarlo y meterlo en problemas; que no tenía conocimiento que sus padres corrieron con los gastos médicos del agraviado.

∞ Esta última versión es sostenida parcialmente por su enamorada Arasca Zanelly en sede sumarial y plenaral [fojas doscientos ochenta y siete y seiscientos cincuenta y nueve]. En su testifical sumarial dijo que, cuando los sujetos asaltantes huyeron, de un carro se efectuaron disparos, pero en su declaración plenaral expresó que quien disparó fue el citado Henry Antonio Jaime Albarracín. La imputación contra este último es sostenida por la amiga de la enamorada del imputado, Mariluz Chahua Salvatierra [fojas seiscientos sesenta y uno] y por un vecino del lugar, Rufino Cárdenas Ramos, quien señaló que otro sujeto fue quien disparó y que por los comentarios del barrio se enteró que se trató del primo del imputado, Henry Antonio Jaime Albarracín.

SÉPTIMO. Que de la prueba personal, en especial, teniendo en cuenta las fechas en que se llevaron a cabo, fluye que quien disparó fue el encausado Albarracín Márquez. Las sindicaciones iniciales son precisas y contundentes, y tienen apoyo en lo que fluye de las primeras actuaciones de la investigación preliminar y de lo declarado por los efectivos policiales.

∞ El citado imputado Albarracín Márquez incluso proporcionó versiones disímiles, incompatibles con una línea de inocencia precisa. Además, la pericia institucional de restos de disparos por arma de fuego es fundamental. Su carácter inculpatario está fuera de toda discusión. Tal disimilitud alcanza a lo declarado por la enamorada del imputado, Arasca Zanelly –inconsistentemente proporcionó dos versiones distintas de lo sucedido, primero involucró a terceros y luego señaló al primo hermano de su enamorado–.

∞ Las retractaciones del agraviado y, a continuación, de su madre no tienen base alguna. Asimismo, llama la atención que quien sufragó los gastos de

curación del agraviado fuera la madre del imputado, cuya versión al respecto, en el sentido de que fue presionada por este último, carece de coherencia pues no es razonable que quien alegó inocencia termine pagando por unos daños que no ocasionó.

OCTAVO. Que se ha pretendido cuestionar la contundencia de la pericia institucional de análisis de residuos de disparos por arma de fuego a través de la pericia de parte de fojas doscientos veintiuno, bajo la consideración de que entre el suceso delictivo y la toma de muestra transcurrió más de ocho horas con treinta minutos, que no indicó el método de análisis e instrumental utilizado, y que es posible una contaminación por el imputado frente al disparo de otra persona que pudo estar cerca de él [véase examen pericial de fojas seiscientos sesenta y cuatro vuelta].

∞ Sin embargo, de las declaraciones de imputado y testigos no consta que el efecto contaminación pudo realizarse; y, conforme indicó el mismo perito de parte, el tiempo ideal para la detección de restos de disparo es dentro de las doce horas de ocurrido el hecho, en cuyo lapso de tiempo se efectuó la toma de muestra. Además, el contagio, igualmente según lo señalado por el perito de parte, no puede alcanzar a los tres elementos.

∞ La conclusión necesaria es que fue el encausado Albarracín Márquez quien efectuó los disparos, uno de los cuales impactó en el agraviado Rodas Cadenas.

NOVENO. Que, de otro lado, si bien el Ministerio Público calificó los hechos en el tipo penal de homicidio calificado por ferocidad, es evidente que tal circunstancia agravante específica no se presentó. En efecto, el imputado no solo no actuó con dolo directo –lo hizo con dolo eventual– sino que no conocía al agraviado ni tuvo discusión o algún encuentro, así fuere imaginario con él; ambos no se cruzaron siquiera, ni antes, ni en el momento ni después de los hechos. Por la forma como actuó se representó el resultado muerte que podía causar al disparar sin ton ni son y, pese a ello, asumió el riesgo de hacerlo y ratificar la ejecución de los disparos. Se trató, por tanto, de un delito de homicidio simple, no por ferocidad.

∞ Las lesiones que sufrió el agraviado Rodas Cadenas consistieron en edema escrotal moderado, herida en ingle y escroto izquierdo; trauma inguino escrotal por proyectil por arma de fuego, con buen pronóstico, que requirió cinco días de atención facultativa por veinte días de incapacidad médico legal [certificado médico legal de fojas quinientos en concordancia con la historia clínica de fojas trescientos cuarenta y tres].

∞ Se trató de una tentativa de homicidio, por lo que es de aplicación el artículo 16 del Código Penal, que obliga a imponer una pena por debajo del mínimo legal. El imputado carece de antecedentes, pero usó un arma de fuego



sin tener la licencia respectiva [fojas doscientos nueve y setenta] –esta arma no ha sido hallada–. La pena impuesta, de cinco años de privación de libertad, es proporcional al contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho.
∞ Los recursos acusatorio y defensivo no pueden prosperar.

DECISIÓN

Por estos motivos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos diecisiete, de veintiocho de mayo de dos mil diecinueve, que condenó a JOAQUÍN REYNALDO ALBARRACÍN MÁRQUEZ como autor del delito de homicidio simple tentado en agravio de Josué Víctor Rodas Cadenas a cinco años de pena privativa de libertad y al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal de origen que se inicie ante el órgano jurisdiccional competente el proceso de ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **HÁGASE SABER** a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/ast