

Valoración probatoria

El juez no es testigo directo de los hechos, solo a través de la prueba válidamente actuada podrá tomar conocimiento de lo acaecido y generar en sí la convicción sobre la responsabilidad penal del procesado, la cual deberá ser construida por una adecuada y suficiente actuación probatoria, ya que sin esta no sería posible revocar la presunción de inocencia que reviste a todo ciudadano.

Lima, quince de abril de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por: **i)** el encausado **José Daniel Calero León** contra la sentencia del once de diciembre de dos mil diecisiete (foja 1238), que lo condenó como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, en agravio de Francesco Saavedra Raa y contra la seguridad pública-peligro común-tenencia ilegal de armas y municiones, en agravio del Estado, delitos por los que se le impuso veintiséis años de pena privativa de libertad, y **ii)** el encausado **Walter Eusebio Socola Espinoza** contra la misma sentencia, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, en agravio de Francesco Saavedra Raa, y le impuso veinte años de pena privativa de libertad. De conformidad con el dictamen emitido por la señora fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Chávez Mella.

CONSIDERANDO

§ I. Exposición de agravios de los impugnantes

Primero. El acusado José Daniel Calero León fundamentó sus agravios en el recurso de nulidad planteado (foja 1273) y sostuvo que:

- 1.1. La sentencia es arbitraria, con conflictos entre los hechos y el derecho, carente de razonamiento lógico y vulnera la debida motivación.
- 1.2. Lo único probado es el extremo de la materialidad del delito, es decir, la muerte del agraviado.
- 1.3. La sindicación del testigo Luis Matzumura Ruiz no se condice con prueba alguna, sino que es contraria a la manifestación de Fresia Estefanía Ramírez Carrillo, quien indicó que al agraviado le dispararon dos sujetos, quienes se encontraban encapuchados en una moto negra.
- 1.4. La declaración de dicho testigo no cumple lo establecido por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116.
- 1.5. El testigo Matzumura Ruiz pertenecía a un barrio de Castilla (Callao) que mantenía una pugna con el barrio donde radica el procesado.
- 1.6. No se solicitó videos de las cámaras de vigilancia a la Municipalidad Provincial del Callao.
- 1.7. No se llamó a juicio oral al perito para que certifique y dé detalles sobre las conclusiones a las que arribó en la pericia de balística forense, la cual indicó negativo para plomo, bario y antimonio.
- 1.8. Para perpetrar el ilícito hubiese utilizado su moto Pulsar negra, por lo que la moto abandonada que se encontró no le pertenece.
- 1.9. Respecto del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, el procesado uniforme y coherentemente niega haber sido intervenido en posesión de dicho instrumento letal.
- 1.10. No se valoró de manera correcta la retractación del testigo Matzumura Ruiz.

Segundo. El acusado Walter Eusebio Socola Espinoza fundamentó sus agravios en el recurso de nulidad (foja 1285) y sostuvo que:

- 2.1. No se aprecia en la recurrida que exista suficiencia probatoria que sustente la condena en su contra.
- 2.2. No se dan las condiciones necesarias para dotar de eficacia la declaración del testigo Luis Matzumura Ruiz, de acuerdo con el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116.
- 2.3. No existe filmación, video o algo que certifique o compruebe lo dicho por el testigo.
- 2.4. No se interrogó al policía Juan Ibarrola Quiroz, quien transcribió la ocurrencia de calle y sostuvo que personal de Serenazgo prestó auxilio y apoyo al herido, y manifestó que el testigo indicó no conocer a los autores o autor del hecho criminal.
- 2.5. No se practicaron diligencias de corroboración de la declaración del testigo Luis Matzumura Ruiz.
- 2.6. No se valoraron los pasajes de bus que adjuntó, lo cual indica que estuvo de viaje el día de los hechos.
- 2.7. No se desarrolló el móvil para el desarrollo del homicidio contra el agraviado.

§ II. Hechos materia de imputación

Tercero. De la acusación fiscal (foja 617) se tiene que, el veinte de junio de dos mil catorce, aproximadamente a las 14:00 horas, personal de la Depincri Callao hizo de conocimiento del Ministerio Público el ingreso a la Sala de Emergencias del Hospital Daniel Alcides Carrión del agraviado Francesco César Saavedra Raa, quien llegó cadáver por heridas de arma de fuego; la causa de la muerte fue: "Traumatismo encéfalo craneano severo por herida penetrante y como agente causante proyectil de arma de fuego", hecho suscitado en circunstancias en que el agraviado se encontraba junto a Luis Matzumura Ruiz y los conocidos como Pepe, Arturo y Henry, parados a la altura de la compañía de bomberos, ubicada en el jirón México, Callao, momento en que apareció José Daniel Calero León, conocido como Calero, quien se

encontraba en la puerta del mercado observando al agraviado, junto a Rodolfo Aarón Díaz Gonzales, conocido como Aarón, luego desaparecieron y regresaron José Daniel Calero León, a bordo de una moto lineal conducida por Walter Eusebio Socola Espinoza, conocido como Gordo Walter, vehículo del cual bajó el primero de los mencionados y empezó a efectuar disparos al grupo donde se encontraba el agraviado, quien corrió hasta el mercado, donde fue perseguido por Calero León, quien le disparó de tres a cuatro veces en la cabeza y el cuerpo, para luego huir en la misma moto lineal.

Después, el veintiocho de junio de dos mil catorce, aproximadamente a las 20:00 horas, personal policial intervino a José Daniel Calero León, en circunstancias en que se encontraba en el callejón conocido como El Cubil, ubicado en la cuadra 5 del jirón Washington, Callao, y pretendió darse a la fuga, cuando notó la presencia policial, e intentó ingresar a la vivienda del interior número 1 del citado pasaje; al realizarse el registro personal, se le encontró, a la altura de la parte delantera derecha de su cintura, una pistola marca Bersa 380, número de serie 31752, con una cacerina abastecida con seis cartuchos sin percutir.

§ III. Fundamentos del Supremo Tribunal

Cuarto. El juez no es testigo directo de los hechos, solo a través de la prueba válidamente actuada podrá tomar conocimiento de lo acaecido y generar en sí la convicción sobre la responsabilidad penal del procesado, la cual deberá ser construida por una adecuada y suficiente actuación probatoria, ya que sin esta no sería posible revocar la presunción de inocencia que reviste a todo ciudadano.

Quinto. La doctrina procesal consideró que, para los efectos de imponer una sentencia condenatoria, el juzgador debe llegar a la certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, lo que se logra por una actuación probatoria suficiente, que se produce con las debidas

garantías procesales y permite generar una convicción de culpabilidad que revierta la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano al iniciarse el proceso, pues los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*; por consiguiente, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada. De tal modo que de la revisión y el análisis de lo actuado se advierta que la presunción de inocencia que le corresponde al acusado se encuentra desvirtuada y se demuestre con evidencias razonables la comisión del delito instruido.

Sexto. Ahora bien, no hay discusión respecto a la materialidad de los delitos incoados (homicidio calificado y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones), conforme se aprecia:

i) Respecto al delito de homicidio calificado:

i.1) Acta de levantamiento de cadáver (foja 114), correspondiente al occiso Francesco César Saavedra Raa, la cual deja constancia del diagnóstico presuntivo de muerte: “Traumatismo cráneo encefálico (01 perforante) torácico (01 penetrante) en miembro inferior derecho (01 penetrante) por proyectil de arma de fuego”.

i.2) Protocolo de Necropsia número 0256-2014 (foja 122), practicado al occiso Francesco César Saavedra Raa, que revela como causa de muerte: “Traumatismo encéfalo craneano severo por herida penetrante”, lo que deja constancia de que dicha lesión letal fue causada por proyectil de arma de fuego de pequeño calibre.

ii) Respecto al delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones:

ii.1) Acta de registro personal, incautación de arma de fuego y comiso de droga (foja 93), practicada al procesado José Daniel Calero León, el veintiocho de junio de dos mil catorce, en la cual se detalla que se le halló en posesión de un arma de fuego.

6.1. En ese sentido, corresponde analizar la tesis defensiva de los imputados, dado que niegan su participación en los delitos que se les atribuye.

A. Respecto al delito de homicidio calificado (artículo 108, inciso 4, del Código Penal)

Séptimo. Así pues, de la revisión de los actuados la principal prueba de cargo que sustenta la acusación contra los procesados Calero León y Socola Espinoza es la sindicación efectuada por el testigo presencial Luis Matzumura Ruiz, la cual debe ser analizada, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, que son estos los siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. **b) Verosimilitud,** que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. **c) Persistencia en la incriminación,** con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

7.1. Por lo que debe entenderse que el tríptico ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación establece que la sindicación en contra del acusado debe ser analizada detenidamente, compatibilizándolo con las actuaciones probatorias y relacionándolo con otros elementos periféricos que den solidez a la información proporcionada por las víctimas o los testigos.

Octavo. Así, se tiene que, en un primer momento, el testigo presencial Luis Matzumura Ruiz (foja 35, ante el representante del Ministerio Público, en las instalaciones de la Depincri Callao), el mismo día del deceso, relató que estaba en el jirón México, Callao, a la altura de la Compañía de

Bomberos en compañía de sus amigos, a quienes conoce como Pepe, Arturo y Henry, a unos cuatro metros de distancia del occiso, con el vehículo de placa de rodaje número F7I-639. Observó que de la puerta del mercado, que se encontraba a diez metros de él, salió un sujeto de un metro sesenta y tres de altura, vestido con casaca de color negro con capucha, pero se le veía la cara, ya que la capucha no le cubría todo, tenía ojos grandes, contextura delgada, tez trigueña clara, vestía pantalón de color negro y lentes de marco negro con lunas blancas, y lo conoce con el apelativo de Calero, quien se encontraba en compañía de la persona denominada como Aarón, indica que los dos se quedaron viéndolo. Luego, por el jirón Sucre con México, divisó una moto de color negro tipo ninja con llantas anchas, conducida por el sujeto denominado Walter, quien vestía una casaca negra, gorro negro, pantalón negro, de contextura gruesa y tez morena. Los sujetos Calero y Aarón entraron al mercado y después de cuatro minutos volvieron Walter y Calero (en la parte de atrás) a bordo de la moto; se detuvieron a dos metros de donde se encontraba, en esas circunstancias, Calero realizó disparos al agraviado Francesco Saavedra Raa; por lo que el testigo y sus acompañantes se pusieron detrás del carro, mientras que el agraviado trató de ponerse a buen recaudo corriendo hacia la intersección de los jirones México con Sucre, Calero se bajó de la moto, lo persiguió a la voz de “Párate conchetumare policía policía” y, a una distancia de treinta metros de donde se encontraba, se cayó. Calero aprovechó para dispararle de tres a cuatro veces en la cabeza. Walter giró la moto, recogió a Calero y se dieron a la fuga por el jirón México, volteando en el jirón Sucre. El testigo refiere que se acercó al occiso y con una camioneta de Serenazgo lo llevaron al Hospital Daniel Alcides Carrión. Preciso que el agraviado tenía amenaza de muerte por parte de Aarón, el dulce y Gordo Walter.

8.1. Si bien es cierto, en un primer momento, el referido testigo sindicó a los procesados, dando apelativos y nombres (seguido de un reconocimiento físico y fotográfico), en la etapa de instrucción, el referido testigo ingresó al proceso una declaración jurada (foja 403), en la cual indicó que su versión preliminar se encuentra viciada por presión policial, por lo que no se condice con la realidad. Así pues, ante el juez de instrucción, se llevó a cabo su declaración de retractación (foja 484). De dicha declaración se obtuvo lo siguiente: en primer lugar, el testigo reafirmó haber estado presente en el lugar de los hechos. Segundo, indicó que no logró ver a los sujetos que dieron muerte al agraviado, quien era su amigo. Tercero, indicó que realizó dicha sindicación por presión policial. Al respecto, cabe mencionar que el testigo, en la pregunta número 23 de su declaración policial, solicitó que la policía pueda tramitar ante la Fiscalía “un código para mi seguridad”, por lo que decir que su declaración fue obtenida por presión policial no resulta creíble, tanto más, si se tiene en cuenta que, en la diligencia de toma de declaración, estuvo presente la representante del Ministerio Público y pudo bien advertir la supuesta presión que era ejercida contra él. Luego, al reafirmar que estuvo presente en el lugar de los hechos, se infiere que el testigo sí pudo ver el rostro de los procesados y reconocerlos, puesto que, cuando dijo que llevaban capucha, indicó que esta no cubría la totalidad del rostro e, incluso, que el procesado Calero León se detuvo a verlo; de tal modo que, la retractación del testigo no puede ser amparada por este Tribunal Supremo, de conformidad con lo establecido por la doctrina jurisprudencial vinculante, recaída en el Recurso de Nulidad número 3044-2004/Lima. En consecuencia, se demuestra que el núcleo de la sindicación contra los procesados se mantiene incólume durante el proceso; así, queda corroborada la persistencia en la incriminación, más aún al detenerse en el dato de que el referido testigo, en un

primer momento, solicitó seguridad física a los operadores de justicia, por lo que se infiere que sobre él recayeron presiones externas las cuales se materializaron con la retractación y su posterior incomparecencia al juicio oral.

Noveno. Así pues, en mención al requisito de incredulidad subjetiva, el recurrente José Daniel Calero León refiere que el testigo es parcializado porque pertenece a un barrio que tiene rivalidad con el suyo, afirmación que debe encontrarse acreditada en autos. Sin embargo, no se condice con elemento alguno que pueda otorgar fiabilidad a su argumento de defensa e, inclusive, si al momento de prestar su declaración, el testigo refirió conocer a los mencionados procesados por diversos motivos; al procesado Socola Espinoza, por coincidir en el trabajo, y al procesado Calero León, por frecuentar el estadio a ver al equipo de fútbol Sport Boys. Pero no menciona altercado o rencilla previa que pueda parcializar su declaración.

Décimo. Se cuenta con una declaración inculpativa en que un testigo sindicó directamente a los procesados Calero León y Socola Espinoza como sujetos activos del ilícito perpetrado; aunado a ello, se tiene que, previamente, el testigo presencial los describió físicamente y luego los reconoció. Así pues, se tiene el acta de reconocimiento físico (foja 103), realizada por el testigo Luis Matzumura Ruiz, quien remarcó que el procesado José Daniel Calero León fue quien descendió de la moto lineal de placa de rodaje número MPY-14141, conducida por el procesado Walter Eusebio Socola Espinoza, y disparó contra el agraviado, quien trató de escapar, y fue perseguido por Calero Espinoza, quien al alcanzarlo le descargó sendos disparos al cuerpo y cabeza que originaron su deceso; a su turno, Socola Espinoza giró la moto, lo recogió y huyeron; cabe señalar que las características reseñadas por el testigo se condicen con las características físicas de los

procesados y que se observan en la ficha de Reniec (fojas 108 y 109), correspondiente a estos, tal como se desprende del acta de reconocimiento fotográfico (foja 106). De otro lado, el acta de reconocimiento fotográfico de vehículo menor (foja 111), diligencia realizada por el testigo referido, en la cual reconoce la moto (véase foto de foja 112), con la cual se movilizaron los procesados para perpetrar el ilícito, la cual fue abandonada en los pasajes de Mar de Grau con Mar de Caribe, Callao, cuyo asiento posterior (del copiloto) presenta huellas de sangre, se halló una casaca de color negro, unas gafas de color negro de plástico con lunas transparentes y una gorra de color negro, véase (foja 95). Cabe resaltar que dichas diligencias se realizaron en presencia del representante del Ministerio Público, con excepción del acta de hallazgo y recojo (foja 95), por ser una diligencia inmediata, única y de carácter inaplazable.

10.1. A mayor abundamiento, se tienen las declaraciones de la testigo Fresia Esthefanía Ramírez Carrillo (foja 40, ante el representante del Ministerio Público), quien refirió haber visto dos sujetos a bordo de una moto lineal de color negro, ancha, de la cual bajó una persona, mientras que el conductor se mantuvo en ella, y realizó disparos al agraviado. Ante el agravio expuesto por el recurrente Calero León, en el cual expuso que la presente testigo sostiene haber visto dos sujetos disparar al agraviado, debe tenerse en cuenta que, posteriormente, en la misma declaración, afirmó plenamente que solo el sujeto que descendió del vehículo realizó los disparos, lo que se condice con lo relatado por el testigo Vetkin Kisel Trujillo Villa, ante el fiscal (foja 55). Asimismo, se tiene la declaración del policía Juan José Gallo Valdivia (foja 52, ante el fiscal), quien refirió que cuando se encontraba realizando patrullaje fue alertado sobre un accidente de dos personas a bordo de una moto lineal; sin embargo, escuchó de un posible asalto en el Banco de la Nación de La Perla, Callao, por lo

que se dirigió hacia allá. Ya en el lugar, le refirieron que dos sujetos a bordo de una moto lineal habían ultimado al agraviado, sujetos que vestían ropa oscura negra. Al retornar al lugar del accidente vehicular no lograron encontrar a los sujetos sino solo la moto abandonada con rastros de sangre en el asiento posterior. Agregó que la moto presenta placa de rodaje no registrada número MPY-14141, ratificado (foja 1140).

Undécimo. Ahora bien, la prueba puede ser directa o indirecta; esta última, también denominada prueba indiciaria, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; además, ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios– y el que se trate de probar –delito¹–. Es por ello que la valoración de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso, y más aún en el proceso penal, puesto que de ella depende que se determine el carácter absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado y esta valoración tiene por objeto establecer la utilidad jurídica y legal de las diversas pruebas que se han incorporado válidamente al proceso penal, buscando crear convicción en el juzgador.

- **Indicio de obstrucción o entorpecimiento de la investigación del delito**, indicio subsecuente en la que el sospechoso realiza acciones de obstrucción en la investigación, trata de justificar su presencia en otro lugar mediante coartadas para así sorprender a la justicia, se advierte del acta de recepción de lapicero (foja 101), diligencia realizada en presencia fiscal, en la cual se detalla que en el calabozo, sala de meditación, de la DEPINCRI CALLAO, donde se

encontraba recluido el procesado José Daniel Calero León se halló diversos manuscritos con tinta roja (véase foja 255), un lapicero de color rojo, marca Faber Castell, usado. Así mismo, se evidencia un manuscrito (foja 253), donde indica: "Daniel di que trabajabas en la empresa Argos de compra y venta de lanchas de transporte y turismo desde el 2 de junio al 28 de junio y te pagaban 750 soles y no llegaste a cobrar porque te detuvieron. Trabajabas de 8 am a 5 pm, la dirección es jirón Libertad 170 Callao al costado de tu tío Raúl y el jefe es Jorge Rubio Carbajal. El jefe es gordito mediano, color trigueño y trabajabas de conserje el teléfono del jefe es 136*7449 ese día del problema estuviste comiendo en la oficina y la fachada es color palo rosa y los sócalos marrones y la oficina color blanco humo"; el mismo que se materializa con el certificado de trabajo (foja 91) y la manifestación policial (foja 23). Sin embargo, al momento de declarar el señor Jorge Reinel Rubio Carbajal -Gerente General, de la Empresa Argos I.T.S.A.C. (foja 88), refirió que no conoce físicamente al procesado José Daniel Calero León, pero sí a su padre, además, de indicar que el procesado no trabaja en dicha empresa. Refiere que el padre del acusado se acercó a pedirle una constancia de trabajo con la finalidad de presentarse a un puesto laboral, sin pensar que era para generar una coartada, pues el referido procesado señala a foja 508, que dicho certificado fue presentado por temor a perder su trabajo en la Municipalidad. De otro lado, incurre en contradicciones pues sostiene que el testigo Matzumura Ruiz tiene problemas por ser de barrio rival al suyo, empero a nivel de juicio oral sostiene no tener ningún problema con el referido testigo; lo que se traduce, además, en un **indicio de mala justificación**. Asimismo, debe tenerse en cuenta los registros de antecedentes judiciales, de foja 1022, del procesado José Daniel Calero León, quien admite este aspecto en sede instructiva de foja 506; mientras que el procesado Socola Espinoza, registra tenencia ilegal de armas de fuego, conforme su declaración instructiva de foja 526,

corroborado a foja 543; lo que se configura como **indicios de capacidad para delinquir**. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta el **indicio de fuga**, dado que al momento de notar la presencia policial, conforme se detalla en el Parte número 039-2014-REGPOL-CALLAO-DIVINCAJ-DEPINCRI-C-SIH (foja 04), trató de fugar ingresando a la vivienda signada con el número 1, del callejón conocido como “cubil”, ubicado en la cuadra cinco del jirón Washington – Callao, en la cual se le halló en posesión de un arma de fuego, diligencia que fue corroborada por el agente policial SOT3 Dante Vallejos Machuca (véase declaración de foja 50). Además, de los **indicios de presencia física en el lugar de los hechos**, conforme se detalló líneas arriba, de la declaración de los testigos Frescia Esthefania Ramírez Castillo y el efectivo policial Juan José Gallo Valdivia (fojas 40 y 52, respectivamente), refieren haber visto a dos sujetos en una moto lineal de color negro. Aunado a ello, en relación al procesado Socola Espinoza sostiene que él es amigo del procesado Calero León, según refiere a foja 528, empero éste último refiere lo contrario, según declaración de foja 506. Asimismo, refiere que no se interrogó al SOB PNP Juan Ibarrola Quiroz, quien indicó que el testigo auxilió al herido con sus amigos, a bordo del vehículo de serenazgo, los mismos que indicaron no conocer al autor o autores del hecho, sin embargo, de la declaración del testigo Matzumura Ruiz se tiene que el occiso fue llevado en el vehículo del serenazgo y no sostuvo haber sido él quien lo condujo al hospital. De otro lado, el recurrente sostiene que el dictamen pericial de restos de disparo practicado a su persona arrojó negativo para bario, antimonio y plomo, empero, debe tenerse en cuenta que el peritaje se realizó nueve días después de la fecha de muerte del agraviado Francesco Saavedra Raa, a lo cual el perito indicó que la ausencia de los elementos descritos puede ser

ocasionado por distintos factores, entre ellos, el tiempo transcurrido desde el incidente hasta la toma de muestra, por lo que en atención a las demás pruebas realizadas y analizadas, la responsabilidad penal del encausado se encuentra confirmada.

11.1. El conjunto de pruebas actuadas evidencian el cumplimiento del requisito de verosimilitud de la sindicación realizada por el testigo Matzumura Ruiz; por lo que la sindicación se encuentra conforme con lo establecido por el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116. En consecuencia, la condena con respecto al delito de homicidio calificado debe mantenerse.

Duodécimo. Sin embargo, causa sorpresa que la causal que dota de gravosidad al tipo penal sea el inciso número 4 del artículo 108 del Código Penal, cuando la conducta descrita y acreditada plenamente, se encuadra en el tipo penal de homicidio calificado en grado de alevosía, recaída en el inciso 3, del artículo 108, del Código Penal.

12.1. Así pues, debe entenderse que la alevosía requiere la comprobación de la indefensión de la víctima, pues la agresión ha de hacerse de manera tal que limite las posibilidades de defensa del agredido, y conforme al hecho imputado; así como de la versión de los testigos en el presente caso y la prueba pericial actuada, se tiene que el evento criminal ocurrió en circunstancias que los acusados premunidos de un arma de fuego a bordo de una moto lineal causaron la muerte del agraviado; siendo ello así, se advierte que los encausados actuaron bajo el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa por porte de la víctima, pues basta que el sujeto activo busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla¹.

Decimotercero. De esta manera, estando a las testimoniales y demás pruebas válidamente incorporadas y actuadas durante el proceso; y, en aplicación del tercer párrafo del fundamento jurídico 11 y 14, del Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116, que señala:

La tipificación del hecho punible [...], ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena [...] que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Ésta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa [...].

Por tales consideraciones, este Tribunal Supremo en mérito a lo señalado por el artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales y en atención a los fundamentos del Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116, efectúa la desvinculación de la calificación jurídica señalada en la acusación fiscal y concluye que el hecho objeto de imputación atribuido a los procesados José Daniel Calero León y Walter Eusebio Socola Espinoza, se subsume en el tipo penal de homicidio calificado por alevosía (regulado en el inciso 3, del artículo 108, del Código Penal). Ello también, en mérito al principio de favorabilidad (previsto en el artículo 139, inciso 11, de la Constitución Política del Estado), pues esta no sobre-criminaliza la conducta de los encausados y no causa perjuicio en la sanción punitiva impuesta; por tanto no comporta amenaza o violación a derechos constitucionales vinculados a la libertad individual, derecho de defensa y debido proceso.

B. En cuanto al delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones

Decimocuarto. Cabe señalar que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, contemplado en el artículo 279 del Código Penal, es un tipo

penal de peligro abstracto, que para su consumación no requiere resultado material alguno, basta que cree un riesgo para un número indeterminado de personas, por lo que es suficiente el acto positivo de tener o portar el arma o municiones sin autorización legal, de ahí que se diga que también es un delito de tenencia; en tal sentido, se aprecia de la revisión de los actuados que se acreditó incuestionablemente la responsabilidad penal del procesado José Daniel Calero León, puesto que el día de su intervención policial, se halló en posesión de un arma de fuego y municiones sin autorización legal, materialidad que se acreditó en el sexto fundamento jurídico de la presente ejecutoria suprema.

Decimoquinto. A mayor abundamiento, del Acta de registro personal, incautación de arma de fuego y comiso de droga (foja 93), el procesado se negó a firmar, por lo que en su manifestación policial (foja 23), detalló que no tenía ni un arma de fuego en su poder y que había sido puesta por los efectivos policiales; sin embargo, si se tiene en cuenta lo dictado por el agente policial Dante Vallejos Machuca, quien a foja 50, refiere no conocer al procesado, por lo que no es lógico que libremente le atribuya dicha conducta punible, más aún si indicó que el procesado en mención opuso tenaz resistencia a la intervención.

Decimosexto. Aunado a ello, obra el Informe Técnico número 048-2014-REGPOL-CALLAO/OFAD-LOG-SAM (foja 127), en la cual consigna que el arma incautada (pistola semiautomática) se encuentra operativa pero con limitaciones por tener el seguro de la cacerina inoperativo, en regular estado de conservación la cacerina y operativa; lo que sumado al Dictamen Pericial de balística Forense número 18354-18360/2014 (foja 607), concluye que dicha arma tiene características de haber sido utilizada para disparar, los casquillos incautados en normal funcionamiento. De tal forma que la operatividad del arma de fuego y

municiones incautados se encuentra acreditada. Asimismo, el procesado en sede sumarial (foja 506), indicó no tener licencia para portar armas de fuego; de lo expuesto se configura el delito incoado.

Decimoséptimo. Finalmente, en el proceso se contó con prueba directa que vincula a los encausados José Daniel Calero León y Walter Eusebio Socola Espinoza con el delito de homicidio calificado en alevosía; adicionalmente, en el caso del procesado José Daniel Calero León el delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones; aunado a ello, se advierte que la responsabilidad penal atribuida a los antes mencionados también está plenamente probada con los indicios desarrollados, sin contraindicios sólidos que puedan desacreditarlos, por lo que resultan suficientes para enervar la presunción de inocencia que les asistía; por lo tanto, no son atendibles los agravios expuestos en sus recursos; en consecuencia, debe confirmarse la recurrida en todos sus extremos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del once de diciembre de dos mil diecisiete (foja 1238), que condenó a **José Daniel Calero León** como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio calificado, en agravio de Francesco Saavedra Raa y contra la seguridad pública – peligro común – tenencia ilegal de armas y municiones, en agravio del Estado, delitos por los que se le impuso veintiséis años de pena privativa de libertad y contra el encausado **Walter Eusebio Socola Espinoza** contra la misma sentencia en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – homicidio calificado, en agravio de Francesco Saavedra Raa y le impuso veinte años de pena privativa de libertad; **PRECISAR** que la agravante del delito de homicidio calificado es por el

inciso 3 del artículo 108 del Código Penal; **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene, y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEADA ESPINOZA

CHÁVEZ MELLA

ChM/jj