

Valor de la declaración de la víctima

Sumilla. La declaración inculpativa de la agraviada, realizada según los marcos del Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, tiene entidad suficiente para ser considerada como prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad para enervar la presunción de inocencia del imputado.

Lima, dos de febrero de dos mil diecisiete

VISTOS: los recursos de nulidad formulados por la defensa técnica del procesado don Miguel Ángel Murillo Canares (folios cuatrocientos setenta y siete a cuatrocientos ochenta) y el señor representante de la Cuarta Fiscalía Superior de Lima Norte (folios cuatrocientos ochenta y dos a cuatrocientos ochenta y tres), con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de siete de enero de dos mil catorce (folios cuatrocientos cincuenta y cuatro a cuatrocientos sesenta y siete), emitida por los señores jueces de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que absolvió a don Miguel Ángel Murillo Canares de la acusación fiscal por el delito de posesión de drogas con fines de microcomercialización, en perjuicio del Estado; y lo condenó como autor de los delitos de robo agravado (en grado de tentativa) en perjuicio de don Freyer Marx Ignacio Hinojosa, lesiones graves en perjuicio de don Óscar Rojas Matos y tenencia ilegal de armas, en perjuicio del Estado, y como tal le impusieron trece años de pena privativa de libertad (por tratarse de un concurso real de delitos, sumaron las penas de cinco, cuatro y cuatro años de privación de la libertad por cada delito, respectivamente); y fijaron en cinco mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a los agraviados, en orden de la condena, esto es, quinientos soles, cuatro mil soles y quinientos soles para cada uno.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La defensa del encausado solicita la absolución por el delito de lesiones graves y se declare nulo el extremo en el que se le condenó por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego; y por ello se disponga se lleve a cabo nuevo juicio oral, en mérito a que:

2.1. Respecto al delito de lesiones, el Colegiado Superior no tomó en cuenta que los señores policías don Edwar López Torres y don Elvis Canelo Huamán, también realizaron disparos, por lo que el recurrente resultó herido del pie; lo cual genera duda sobre la culpabilidad que se le atribuye.

2.2. No se realizó pericia de homologación sobre el proyectil causante de las lesiones con el arma incautada al procesado, usada el día de los hechos. La condena se basó en la sindicación de los señores policías antes señalados.

2.3. En cuanto a la tenencia ilegal de armas de fuego, no se valoró que fue intervenido con el arma dentro de las veinticuatro horas posteriores al delito de robo agravado, por lo que, al existir flagrancia delictiva, debió subsumirse al tipo penal de robo, pues tal proceder se encuentra descrito como una agravante.

A su vez, el señor Fiscal Superior recurre el extremo absolutorio, por cuanto:

2.4. En la acusación escrita se incorporó como medio probatorio el Acta Preliminar de Análisis Químico de Drogas, en el que se concluyó que las sustancias ilícitas incautadas al procesado dieron positivo para pasta básica de cocaína (veintidós gramos), y marihuana (siete gramos). Sin embargo, erróneamente en la sentencia se señaló que solo hallaron cuatro gramos de pasta básica de cocaína y cuatro gramos de marihuana, lo que no es cierto, por lo que deberá ser subsanado en un nuevo juzgamiento.

3. SINOPSIS FÁCTICA SEGÚN LA IMPUTACIÓN

Conforme con la acusación y la requisitoria oral, se imputaron al encausado los delitos de robo agravado (tentado), tenencia ilegal de armas de fuego, lesiones graves y posesión de drogas con fines de microcomercialización.

El once de diciembre de dos mil trece, aproximadamente a las veintidós horas con treinta minutos, el acusado, en compañía del condenado don Miguel Miranda Jiménez y otro varón no identificado, se constituyó al restaurante El Sol, ubicado en la avenida Los Pinos (número doscientos ochenta y dos), de la urbanización El Ermitaño, en el distrito de Independencia. Una vez allí, sacó un arma de fuego y con violencia intentó sustraerle el revólver a don Freyer Marx Ignacio Hinojosa, quien se desempeñaba como personal de seguridad.

En ese contexto, los señores policías don Edwar López Torres y don Elvis Canelo Huamán, quienes se encontraban en el lugar de los hechos como comensales, en su afán de auxiliar al efectivo, realizaron disparos al aire. El procesado repelió los disparos, lo que devino en un intercambio de balazos, producto de lo cual uno de los disparos efectuados por el procesado hirió al agraviado don Oscar Rojas Matos. Finalmente, el encausado huyó raudamente del lugar.

Al día siguiente el acusado fue detenido al interior de su domicilio. En el registro de su habitación se halló una pistola Bryco (número de serie nueve, cero, cinco, ocho, cuatro, dos), con la que habría efectuado los disparos, y debajo del colchón una bolsa plástica con veintidós gramos de pasta básica de cocaína y dos bolsitas en cuyo interior había siete gramos de marihuana.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante Dictamen N.º 1450-2015-2ºFSP-FN (folios veinte a veintisiete del cuadernillo formado en esta instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar nula la condena por el delito de lesiones graves y la absolución por el delito de posesión de drogas para fines de microcomercialización.

a) Haber nulidad en la pena de trece años y se le impongan nueve años de privación de libertad, por cuanto, para el delito de lesiones graves las pruebas actuadas no generaron certeza de su responsabilidad ni la descartan.

Por lo expuesto, es necesario que en un nuevo juzgamiento: i) Se actué la declaración del agraviado don Oscar Rojas Matos, de quien no se recabó el informe médico legal definitivo. ii) Se solicite un dictamen pericial de balística que determine que arma ocasionó las lesiones de la víctima. iii) Se recabe la copia de la grabación de las cámaras de seguridad del restaurante El Sol.

b) Respecto al delito de microcomercialización de drogas: el Colegiado Superior erróneamente afirmó que al procesado se le halló en posesión de cuatro gramos de PBC y cuatro gramos de marihuana, cuando en el Acta de Incautación se dejó constancia que se trató de veinticuatro gramos de PBC y siete gramos de marihuana.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según la imputación penal, los hechos ocurrieron en el año dos mil trece, y en atención a la pena conminada para el delito materia de acusación fiscal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO. SUSTENTO NORMATIVO

2.1. Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el inciso tercero, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Estado; así como el artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

2.2. El inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política vigente, precisa que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

2.3. El delito contra el patrimonio (robo), se encuentra previsto en el artículo ciento ochenta y ocho, del Código Penal. Este se agrava si se incurre dentro de las circunstancias previstas en el artículo ciento ochenta y nueve, entre ellas, cuando el hecho es cometido a mano armada, con el concurso de dos o más personas.

2.4. La tentativa está descrita en el artículo dieciséis, del Código Penal. Se configura cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. En ese caso, el juez disminuirá prudencialmente la pena.

2.5. El delito de tenencia ilegal de armas de fuego, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve, del Código Penal, sanciona a quien ilegítimamente fabrique, almacene, suministre o tenga en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos, sustancias o materiales destinados para su preparación, con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

2.6. El artículo doscientos noventa y ocho, del Código Penal, establece que el delito de microcomercialización de drogas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando: "1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxi Anfetamina-MDA, Metilendioxi metanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas".

2.7. En el artículo ciento veintiuno, del Código Penal, se sanciona a quien causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Y considera lesiones graves: "Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa" (Inciso 3).

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. El coprocesado don Miguel Ángel Miranda Jiménez se sometió a los alcances de la conclusión anticipada del juicio oral (folios trescientos cincuenta a trescientos cincuenta y cinco), y como tal le

impusieron cinco años de pena privativa de libertad y fijaron en quinientos soles la reparación por el delito de robo agravado (tentado).

3.2. Para dilucidar la responsabilidad en la tentativa de robo agravado ocurrido el once de diciembre de dos mil trece, se cuenta con la declaración a escala preliminar del agraviado don Freyer Marx Ignacio Hinojosa (folio cuarenta y siete). Este indicó de manera clara y coherente la forma en que sucedieron los hechos y reconoció al encausado como su agresor¹.

Periféricamente, se corrobora esta versión con la de los testigos, los señores policías don Elvis Canelo Huamán y don Edwar López Torres, quienes señalaron que al ver el accionar delictivo del encausado optaron por auxiliar al vigilante del restaurante (el agraviado), a quien pretendían sustraerle el arma, por lo que se produjo un tiroteo.

3.3. Las lesiones graves ocasionadas por proyectil de arma de fuego, a don Óscar Rojas Matos, están materialmente acreditadas con el contenido del Certificado Médico Legal (folio ciento cinco), en que se describen las lesiones. Obra además la declaración del coprocesado Miranda Jiménez (sentenciado conformado), quien afirmó que vio al encausado disparar al agraviado; y la pericia de absorción atómica (folio ciento ochenta y uno), que determinó la presencia de los tres elementos químicos (bario, plomo y antimonio) en la mano derecha del encausado, lo que corroboró tal versión.

3.4. Respecto del delito de tenencia ilegal de armas de fuego imputado, el Acta de Registro Personal e Incautación (folio sesenta y nueve), sumada a la pericia de absorción atómica (folio ciento ochenta y tres) la cual concluyó que en la mano derecha del encausado se hallaron restos de plomo, bario y antimonio, compatibles con restos de disparo de arma de fuego, dan certeza de su responsabilidad.

3.5. Al existir medios probatorios idóneos y suficientes como los reseñados en los acápites anteriores, se arriba al grado de certeza

¹ Acta de Reconocimiento Físico del folio setenta y cinco; ratificada a escala sumarial y plenarial, folios doscientos diez y cuatrocientos veintisiete, respectivamente.

suficiente para afirmar que el procesado es responsable de los ilícitos mencionados.

3.6. Aunque se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado, es necesario precisar que la imputación fiscal está circunscrita en el primer párrafo, numerales tres y cuatro², del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal. En ese sentido, la defensa del encausado considera que el tipo penal de tenencia ilegal de arma de fuego deberá subsumirse en la agravante tres, del artículo ciento ochenta y nueve. La imputación abarca dos momentos distintos, totalmente diferentes, por lo que se presentan como un concurso real de delitos, lo cual creemos que es lo correcto. No podría subsumirse un hecho posterior al precedente en atención a que el arma fue incautada al día siguiente del robo.

3.7. Respecto a la posesión de drogas con fines de microcomercialización, se aduce que la Sala Superior hizo una errónea valoración, pues afirmó que en la habitación del encausado se hallaron cuatro gramos de pasta básica de cocaína y cuatro gramos de marihuana. Ahora bien, en una primera parte del considerando quinto de la sentencia así se afirma, pero en la segunda parte se precisa que el acta de incautación fue realizada al día siguiente de la comisión del delito (esto es, el doce de diciembre) pero sin presencia fiscal, por lo que dicha diligencia carecería de valor probatorio.

En la misma sentencia (fundamento cuarto) se acota que lo mismo ocurrió con la incautación del arma de fuego (folio sesenta y nueve), no obstante, es contradictorio decir que ello queda salvado, debido a que cuando le preguntaron al procesado por el arma incautada este aceptó que era de su propiedad, por lo que el delito fue manifiesto.

Es preciso mencionar que a escala preliminar, con presencia fiscal, el procesado (folio treinta y siete) aceptó la posesión de la droga incautada, no obstante, agregó que era para su consumo.

En conclusión, este Supremo Colegiado considera que se trata de un mismo escenario con distintas conclusiones, por lo cual deberá llevarse a cabo un análisis valorativo nuevo de los medios probatorios y las

² "A mano armada" (numeral 3) y "con el concurso de dos o más personas" (numeral 4).

diligencias que sean necesarias para dilucidar los hechos, en el marco de un juzgamiento que respete los principios fundamentales.

3.8. En consecuencia, los agravios propuestos por la defensa en cuanto a que: a) existe duda sobre de cuál arma se disparó el proyectil que lesionó al agraviado, y b) que debió subsumirse el delito de tenencia ilegal de arma de fuego en la circunstancia agravante del delito robo agravado (ver sustento normativo 2.3.); no resultan de amparo.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, e impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDAMOS:**

I. Declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia de siete de enero de dos mil catorce (folios cuatrocientos cincuenta y cuatro a cuatrocientos sesenta y siete), emitida por los señores jueces de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que condenó a Miguel Ángel Murillo Canares como autor de los delitos de robo agravado (en grado de tentativa) en perjuicio de don Freyer Marx Ignacio Hinojosa, lesiones graves en perjuicio de don Óscar Rojas Matos y tenencia ilegal de armas, en perjuicio del Estado; como tal le impusieron trece años de pena privativa de libertad (por tratarse de un concurso real de delitos, sumaron las penas de cinco, cuatro y cuatro años de privación de la libertad por cada delito, respectivamente); y fijaron en cinco mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a los agraviados, en orden de la condena, esto es, quinientos soles, cuatro mil soles y quinientos soles.

II. Declarar NULA la sentencia en el extremo que absolvió a don Miguel Ángel Murillo Canares, de la acusación fiscal por el delito de tráfico ilícito de drogas, posesión con fines de microcomercialización, en perjuicio del Estado.

III. MANDAR se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, el que deberá actuar con celo y celeridad en el ejercicio de sus funciones, y tener en cuenta lo expuesto en la presente Ejecutoria. Interviene el señor juez supremo Figueroa Navarro, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga.

Tómese razón y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

FIGUEROA NAVARRO

JS/marg