

SINDICACIÓN DEL AGRAVIADO Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Al cumplir la sindicación del agraviado con las garantías de certeza establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, y al no tener sustento la tesis de defensa del procesado, queda demostrada su responsabilidad penal.

2. La determinación judicial de la pena alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales, tanto en su aspecto cualitativo (el tipo de pena), cuantitativo (*quantum*) y ejecutivo (efectiva o suspendida). Asimismo, este Supremo Tribunal, como línea jurisprudencial, estableció que la tentativa y responsabilidad restringida, constituyen causales de disminución de punibilidad, cuyo efecto es la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, el cual tiene como sustento normativo, el hecho de que la tentativa implica la no perfección del delito, mientras que la responsabilidad restringida significa que el agente delictivo no ha alcanzado su capacidad absoluta para comprender el reproche penal del injusto personal, esto es, entender la antijuricidad de la conducta delictiva que desplegó; por ello, en estos casos no se podría determinar la pena en base al marco punitivo previsto para el delito.

Lima, veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de Jhoshua Moisés Cordero García contra la sentencia del tres de setiembre de dos mil dieciocho (folio 697), que condenó al referido procesado como autor de los delitos de homicidio calificado –alevosía– en grados de tentativa y consumado, en perjuicio de Daniel Andrés Jiménez Gonzales y David Unsuetta Albornoz, respectivamente, y le impuso treinta años de pena privativa de libertad.

Intervino como ponente el juez supremo BALLADARES APARICIO.

CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

El catorce de enero de dos mil diecisiete, en el exterior del domicilio de Cinthia Lizet García Zegarra (ubicado en el grupo 24 del sector 02, mz. D, lote 6) se realizó una “pollada” donde concurrieron los agraviados Daniel Andrés Jiménez Gonzales y David Unsuetta Albornoz, quienes libaban licor; luego llegó el procesado Jhoshua Moisés Cordero García en compañía de su amigo Bemba, abuelo Ray y tío Brayan, quienes también hicieron lo mismo. A las veintitrés horas, sin

justificación alguna, el referido acusado provisto de un arma de fuego se acercó a los agraviados diciendo "ahora te mueres", y disparó dos veces contra el agraviado Daniel Andrés Jiménez Gonzales (impactando una bala en su brazo izquierdo y otra en el abdomen), quedando herido en el suelo; ante ello, el agraviado David Unsueta Albornoz le solicitó al procesado que se tranquilice, pero hizo caso omiso y le disparó dos veces, provocando su posterior deceso; luego el encausado procedió a darse a la fuga.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa técnica de Jhoshua Moisés Cordero García, al fundamentar el recurso de nulidad (folio 738), sostuvo lo siguiente:

2.1. Se dio valor probatorio a la declaración de Daniel Andrés Jiménez Gonzales, bajo los alcances del Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116, a pesar de no cumplirse con el presupuesto de ausencia de incredibilidad subjetiva, pues en su declaración preliminar hizo notar la existencia de problemas entre los dos, existiendo hasta enfrentamientos físicos, lo que permite advertir una relación de odio, parcializando su incriminación.

2.2. La sentencia adolece de una debida motivación, más aún, si no consideró la declaración del procesado, quien refirió conocer que los agraviados estaban implicados en actividades delictivas, siendo esto el motivo por el cual le tenían odio.

2.3. Las observaciones de la pericia de restos de disparo por arma de fuego practicado al procesado determinan que no se le puede atribuir la autoría de los disparos.

2.4. No se practicó la pericia de absorción atómica al agraviado Daniel Andrés Jiménez Gonzales, lo que hubiese permitido conocer que el día del evento este portaba arma de fuego, la cual utilizó para amenazar a su patrocinado.

2.5. La Sala para calificar los hechos, invocó las agravantes de crueldad y alevosía, sin sustentar por qué estas se cumplen en el presente caso.

TERCERO. CUESTIÓN PRELIMINAR

3.1. La prueba es aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez acerca de la exactitud de las

afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso¹. De este concepto se puede advertir lo siguiente:

a) En un proceso penal no se busca probar el hecho o un acontecimiento, pues “esto ya existe en la realidad del mundo exterior, por lo que no requieren ser probados”².

b) Los hechos no constituyen en el proceso penal el objeto material sobre el cual va a recaer la actividad probatoria para pretender obtener la convicción judicial, sino simplemente se caracterizan por ser “fenómenos exteriores ya acontecidos”³, y a decir de Asencio Mellado⁴, no son presenciados, por tanto, por el juez, ni susceptibles de volver a acaecer.

c) Entonces el objeto de la prueba está determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes; esto es, que con la prueba se pretende lograr una convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho.

3.2. Cuando estamos ante la sindicación de un agraviado, el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, estableció las garantías de certeza que esa incriminación (aun cuando la víctima sea el único testigo) debe cumplir para que constituya prueba válida de cargo y, ser suficiente, para enervar la presunción de inocencia del procesado, las cuales son: **a)** Ausencia de incredulidad subjetiva. **b)** Verosimilitud. **c)** Persistencia en la incriminación. La carencia de uno de estos implica la imposibilidad de enervar el referido principio constitucional.

CUARTO. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

4.1. El agraviado Daniel Andrés Jiménez Gonzales, al deponer su declaración preliminar, narró los hechos imputados de acuerdo a la imputación fáctica (ver considerando 1), incriminando como autor del ilícito al procesado Jhoshua Moisés Cordero García; refiere que lo conoce porque antes vivió por su vecindario y

¹ GIMENO SENDRA. *Fundamentos del derecho procesal penal*. Madrid: Civitas, 1981, p. 214.

² SERRA DOMÍNGUEZ. Contribución al estudio de la prueba. En *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: 1969, p. 359.

³ GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981, p. 214.

⁴ En: *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima: INPECCP, 2008, p. 2. En esta misma línea, GIMENO SENDRA, V., p. 214; SENTIS MELENDO, S. *Valoración de la prueba*, “R. D. Proc. ib-filip”, núms. 2-3, 1976, p. 288; SERRA DOMÍNGUEZ, M., p. 359.

era una persona que se dedicaba a cometer actos delictivos, por ello tuvieron problemas, llegando a agredirlo.

4.2. De lo expuesto, se desprende que el agraviado Daniel Andrés Jiménez Gonzales efectuó una sindicación incriminatoria contra el procesado Jhoshua Moisés Cordero García; sin embargo, para que tenga entidad probatoria de enervar la presunción de inocencia que le protege, debe ser analizada a la luz del Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, a efectos de verificar el cumplimiento de las garantías de certeza que ella se estableció.

4.3. En cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, no se acreditó que la sindicación haya sido motivada por cuestiones de odio, rencor o venganza contra el acusado Jhoshua Moisés Cordero García, originados por un acontecimiento anterior al que se está imputando⁵. Razón por la cual, se cumple la primera garantía de certeza denominada ausencia de incredibilidad subjetiva.

4.4. Respecto a la verosimilitud, apreciamos que la incriminación se encuentra corroborada con elementos periféricos que la dotan de aptitud probatoria. Así tenemos:

a) Testimoniales de los testigos presenciales Cinthya Lizet García Zegarra (folios 27 y 685), Nicolás Christian Chamana Pacheco (folios 30 y 686) y Dailey Ibeth Huertas Bedoya (folio 34). Estos de manera uniforme indicaron que la persona que efectuó los disparos contra los agraviados fue el procesado Jhoshua Moisés Cordero García, a quien lo conocían como “Jhoshua”; además, precisaron que los agraviados no tenían armas de fuegos.

b) Las actas de reconocimientos efectuadas por los testigos presenciales, Cinthya Lizet García Zegarra (folio 168), Nicolás Christian Chamana Pacheco (folio 45) y Dailey Ibeth Huertas Bedoya (folio 43); donde reconocieron al acusado como el autor de los disparos contra los agraviados. Se debe precisar que estas diligencias cumplieron con el protocolo de reconocimiento, previsto en el

⁵ Los motivos espurios capaces de restar credibilidad a la declaración de la víctima, deben estar relacionados con los hechos anteriores al supuesto ilícito, de forma que la versión de aquellas sea consecuencia de haber urdido la trama delictiva; ver Casación N.º 1179-2017/Sullana-Sala Penal Permanente.

artículo ciento cuarenta y tres del Código de Procedimientos penales, pues les pusieron a la vista varias personas (incluido el encausado) de similares características y participó el representante del Ministerio Público; por lo que, constituye prueba de cargo válida, de acuerdo al artículo sesenta y dos, del mismo cuerpo legal.

c) Testimonial del efectivo policial Raúl Fredy Pebe Díaz (folio 41), quien señaló que tomó conocimiento que el agente del delito fue el procesado Jhoshua Moisés Cordero García; además, indicó que al momento de su intervención opuso resistencia, lo que motivó que se le neutralice.

d) Los Certificados Médicos Legales números 1898-L y 1809-PF-H, practicados a los agraviados Daniel Andrés Jiménez Gonzales (folio 171) y David Unsuetta Albornoz (folio 53), respectivamente, donde se describen las lesiones que se les causó (en el caso del último de los mencionados le causó la muerte) por los impactos de los proyectiles de arma de fuego. También está el acta de defunción del agraviado David Unsuetta Albornoz (folio 274), que acreditó su deceso.

4.5. En cuanto a la persistencia en la incriminación, apreciamos en autos que la versión inculpativa del agraviado Daniel Andrés Jiménez Gonzales fue sólida, coherente, y se mantuvo hasta el juicio oral (folio 87). En consecuencia, esta última garantía también se cumple.

4.6. Aunado a lo anterior, tenemos que el acusado Jhoshua Moisés Cordero García señaló ser inocente y postuló como tesis de defensa no haber efectuado los disparos en contra de los agraviados. Sin embargo, su versión que depone no es uniforme; así tenemos:

a) En un principio indicó todo fue en legítima defensa, pues los agraviados lo amenazaron con armas de fuego,

b) Luego, en su instructiva, le atribuyó la responsabilidad a su amigo conocido como Bemba.

c) Finalmente, en el juicio oral, dijo que ni él ni su amigo conocido como Bemba dispararon, sino fueron unos sujetos desconocidos que descendieron de un vehículo.

Como se aprecia, el procesado incurrió en contradicciones respecto quién fue el autor de los disparos. Por lo tanto, estimamos que su tesis defensiva constituye un argumento de defensa para evadir su responsabilidad penal en estos hechos incriminados.

4.7. En cuanto a los agravios de su recurso de nulidad; sostenemos que sí concurre en su comportamiento la circunstancia de alevosía, pues los agraviados al encontrarse libando licor estuvieron en un contexto de indefensión, el cual fue aprovechada por el encausado para dispararles. Además, si bien el dictamen pericial de restos de disparos (folio 54) practicado al acusado, arrojó positivo para plomo y negativo para antimonio y bario, ello no lo desvincula de su condición como autor de los disparos, en tanto que, conforme lo explicó la perito, en el juicio oral (folio 568), “por el tiempo transcurrido (dieciocho horas después de la producción del hecho), el examinado se ha podido, previamente, lavar las manos, sudar, por ende pueden desaparecer los cationes de bario y antimonio al ser volátiles, mientras que el de plomo no se volatiliza tanto por ser metal”. A esto se suma que existen pruebas personales (declaración de testigos presenciales) que reconocen al procesado como la persona que disparó contra los agraviados, incluso, él mismo, en la etapa preliminar, admitió haber realizado esa acción. En ese sentido, dichos agravios no tienen sustento.

4.8. Con lo expuesto, la sindicación incriminatoria cumple con las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116 (ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia), y al no tener sustento la tesis de defensa del procesado Jhoshua Moisés Cordero García, este Tribunal Supremo llegó a la convicción de que está acreditada su responsabilidad penal por estos hechos delictivos. En consecuencia, la sentencia cuestionada se encuentra arreglada a ley.

QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA PENA

5.1. Un ilícito penal, desde un punto de vista procesal, produce dos consecuencias jurídicas: de carácter penal y civil. Por ello, en un mismo proceso

penal, se aprecia una acumulación de pretensiones independientes: pretensión penal (pena privativa, restrictiva, limitativa y multa) y pretensión civil (reparación civil).

5.2. La determinación judicial de la pena “alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales”⁶, tanto en su aspecto cualitativo (el tipo de pena), cuantitativo (*quantum*) y ejecutivo (efectiva o suspendida). Es por ello que Demetrio Crespo⁷ hace una clasificación de las modalidades de individualización de la pena: **i)** en sentido estricto, que alude al tipo y cantidad de pena que se aplicara al agente del delito; y, **ii)** en sentido amplio, referido a la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena y otros sustitutivos penales.

5.3. En ese contexto, tenemos que los tipos penales imputados son los de homicidios calificados, los cuales tienen como marco punitivo una pena privativa de libertad no menor de quince años, y como máxima, de acuerdo al artículo veintinueve del Código Penal, treinta y cinco años. Como agraviados se tienen a Daniel Andrés Jiménez Gonzales y David Unsueta Albornoz; respecto al primero, el delito quedó en grado de tentativa, mientras que en el otro se llegó a consumar. De modo que, en atención a cómo se produjeron los hechos, estamos ante un concurso real de delitos, puesto que el mismo procesado (unidad de autor) desplegó una pluralidad de acciones independientes entre sí, lo cual ocasionó la configuración de dos delitos de la misma especie⁸.

5.4. En ese sentido, en atención al Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, la determinación de la pena, en caso de concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”; siendo el esquema operativo, de acuerdo al artículo cincuenta del Código Penal, lo siguiente: primero, identificar la pena básica y la pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso; luego, se

⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, p. 188.

⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. *Determinación de la pena*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 78-79.

⁸ De acuerdo al Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, si la pluralidad de delitos corresponden a una misma especie, estamos ante un concurso real homogéneo.

procederá a sumar las penas concretas parciales, quedando como resultado una pena concreta total del concurso real. Así tenemos:

a) En el caso del agraviado Daniel Andrés Jiménez Gonzales, el delito quedó en grado de tentativa, a esto se suma que el encausado en la época de los hechos tenía dieciocho años de edad, por lo que tenía responsabilidad restringida. Este Supremo Tribunal, como línea jurisprudencial⁹, estableció que estas condiciones previstas en los artículos dieciséis y veintidós del Código Penal, respectivamente, constituyen causales de disminución de punibilidad, cuyo efecto es la reducción de la pena por debajo del mínimo legal¹⁰, el cual tiene como sustento normativo, el hecho de que la tentativa implica la no perfección del delito, mientras que la responsabilidad restringida significa que el agente delictivo no ha alcanzado su capacidad absoluta para comprender el reproche penal del injusto personal, esto es, entender la antijuricidad de la conducta delictiva que desplegó; por ello, en estos casos no se podría determinar la pena concreta con base en el marco punitivo previsto para el delito.

De este modo, si el mínimo legal previsto para el delito homicidio calificado es de quince años, estimamos que por tentativa se reducirá un año y por responsabilidad restringida dos años; quedando como **pena concreta parcial doce años**.

b) Respecto al agraviado David Unsueta Albornoz, el delito se consumó, por lo que, la única causal de disminución de punibilidad sería la de responsabilidad restringida. De este modo, considerando los fundamentos antes señalados, la pena se reducirá dos años; quedando como **pena concreta parcial trece años**.

c) Establecidas las penas concretas parciales para cada delito, estas se sumarán, resultando como **pena concreta final a imponerse la de veinticinco años**.

⁹ Recursos de Nulidad números 1006-2018/Lima, 914-2018/Lima Norte, 1319-2018/Lima, 916-208/Callao, 684-2018/Lima Norte, 1284-2018/Sala Penal Nacional, entre otros pronunciamientos.

¹⁰ En esa misma línea, también se han pronunciado el Recurso de Nulidad N.º 1605-2017/Lima Norte y la Sentencia de Casación N.º 352-2018/Lambayeque.

5.5. Por lo tanto, de acuerdo con el inciso uno, del artículo trescientos, del Código de Procedimientos Penales, corresponde reducir la pena privativa de libertad determinada en la sentencia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad, en parte, con el dictamen de la Fiscalía Suprema en lo penal:

I. DECLARARON NO HABER NULIDAD en la sentencia del tres de setiembre de dos mil dieciocho (folio 697), en el extremo que condenó a Jhoshua Moisés Cordero García como autor de los delitos de homicidio calificado –alevosía– en grados de tentativa y consumado, en perjuicio de Daniel Andrés Jiménez Gonzales y David Unsuetta Albornoz, respectivamente.

II. HABER NULIDAD, en la misma sentencia, en el extremo que le impuso a Jhoshua Moisés Cordero García treinta años de pena privativa de libertad; y **reformándola**, le impusieron veinticinco años de pena privativa de libertad por los mismos delitos y agraviados; que computado desde el día de su detención (quince de enero de dos mil diecisiete) vencerá el catorce de enero de dos mil cuarenta y dos.

III. DISPUSIERON se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, devuélvanse los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervinieron los jueces supremos Castañeda Espinoza y Guerrero López, por licencia de los jueces supremos Barrios Alvarado y Prado Saldarriaga, respectivamente.

S. S.

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

UBA/AWZA