Lima, veintiuno de enero de dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por la encausada doña Ana María Díaz Andrade (folio doscientos treinta y cinco); 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 diecinueve de diciembre de dos mil doce, emitida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur (folio doscientos catorce), que condenó a Díaz Andrade como autora del delito de parricidio, en grado de tentativa, en agravio de Christian Yan Salas Díaz; y, como tal, le impuso seis años de pena privativa de libertad, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado, con lo demás que contiene.

2. SÍNTESIS DE LOS AGRAVIOS

La defensa técnica de la encausada Díaz Andrade solicitó la absolución de los cargos, por lo cual sostuvo que:

2.1. Los magistrados no realizaron un adecuado juicio de tipicidad, al no tomar en cuenta que la encausada fue quien impidió el resultado típico al confesar lo sucedido a su hermana, sin lo cual no se hubiera impedido el resultado típico, es decir, la muerte del menor; lo cual no se encuentra contemplado en el artículo dieciséis del Código Penal.

2.2. Como quiera que se produjo un desistimiento voluntario, la tentativa acabada no llegó a producir resultado de consumación por obra de la agente, de modo que resulta aplicable el artículo dieciocho del Código Penal, lo que trae como consecuencia la impunidad del acto; en todo caso,

debe verificarse si se causaron lesiones al agraviado, de lo cual sería responsable.

3. SINOPSIS FÁCTICA

El diecisiete de octubre de dos mil ocho, en horas de la mañana, la encausada compró una sustancia fosforada en una ferretería cercana a su domicilio, la cual mezcló con quinua y la dejó al costado de la cama de su menor hijo Salas Díaz, como de costumbre. Luego se retiró de su hogar con rumbo a su centro laboral, en donde también trabaja su hermana doña Irma Díaz Andrade, a quien le contó lo sucedido y le pidió salve al menor. Por ello, su hermana se comunicó con un familiar, quien fue al domicilio de la encausada e ingresó por el techo, y llevó al agraviado a la posta médica San Gabriel, de donde luego se le trasladó al Hospital María Auxiliadora, donde estuvo internado durante quince días.

FUNDAMENTOS

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El artículo dieciséis del Código Penal faculta al juez a disminuir prudencialmente la pena, en la realización de un ilícito en grado de tentativa.

1.2. El artículo dieciocho del citado Código señala que si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impide que se produzca el resultado, será penado solo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.

1.3. El texto original del artículo ciento siete del Código acotado establece que el delito de parricidio se sanciona con pena no menor de quince años.

1.4. El inciso uno, del artículo ciento veintiuno, del citado Código, modificado por la Ley N.° 28878, refiere que quien causa a otro, daño grave en el cuerpo

o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.

1.5. El texto original del primer párrafo del artículo 121-A, del referido Código, señala que en los casos previstos en la primera parte del artículo anterior, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; suspensión de la patria potestad según el literal b), del artículo ochenta y tres del Código de los Niños y Adolescentes, e inhabilitación a la que se refiere el artículo treinta y seis, inciso cinco.

1.6. El artículo doscientos ochenta y cinco A, del Código de Procedimientos Penales, establece los alcances de la determinación alternativa respecto a la calificación jurídica de los hechos imputados.

1.7. El Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, efectúa precisiones respecto a la desvinculación procesal y los alcances del artículo doscientos ochenta y cinco A del Código indicado.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

2.1. El parricidio se consuma con la muerte del sujeto pasivo, originada por las acciones desarrolladas por el agente delictivo; el hecho materia *sub litis* se hubiera consumado con la muerte del menor agraviado, lo que no sucedió por intervención de dos familiares que actuaron prevenidos por la propia encausada. Ello no es materia de cuestionamiento por ninguna de las partes en el proceso.

2.2. En la configuración de una tentativa delictiva cabe indicar que en ciertos casos se requiere la concurrencia de tres requisitos: a) Resolución criminal. b) Comienzo de la ejecución. c) Falta de consumación, sea por desistimiento o por circunstancias externas.

2.3. En la tentativa se distingue entre dos formas, de un lado, la inacabada y, del otro, la acabada; la diferencia entre ambas radica en la representación de los hechos por el autor, sobre la base del estado de realización de estos. Así, en la primera forma, el agente no logró realizar lo necesario para alcanzar el resultado propuesto, en tanto, en la segunda forma, se realizaron los actos necesarios para la consumación del delito.

2.4. Por su parte, para que se configure un desistimiento en tentativa, acabada deben cumplirse como requisitos que: a) Haya una actividad positiva del agente. b) Se aprecia voluntariedad del desistimiento. c) El desistimiento deber ser definitivo. d) Debe apreciarse eficacia del desistimiento. Dado que se desarrollan acciones destinadas a la consumación del delito, en este tipo de tentativa se requiere también para la configuración del desistimiento el despliegue de acciones positivas por el agente, para evitar la consumación del delito.

2.5. Precisamente porque en esta clase de tentativa se desarrollan acciones orientadas a la consumación del delito, la norma exige que se verifique si esas acciones, de manera independiente, podrían haber consumado otro ilícito del catálogo penal y, de ser así, el agente deberá responder bajo esa calificación jurídica.

2.6. En el presente caso, existe certeza respecto a la materialización de la conducta dirigida a causar la muerte del propio hijo bajo envenenamiento, para lo cual se lo administró en el desayuno, dentro de un marco de confianza, puesto que era usual y cotidiano; pero el delito no se consumó por intervención de terceros, que tomaron conocimiento de los hechos a través de la propia encausada.

2.7. Lo medular radica en determinar si su conducta posterior a la ingesta del veneno por el agraviado, corresponde ser enmarcada en el supuesto del desistimiento; así como los alcances que podría generar respecto de la calificación jurídica de los hechos.

2.8. La defensa de la encausada sostiene que el desistimiento consistió en que la procesada le contó lo sucedido a su hermana y le pidió que salve al agraviado, la que a su vez llamó a un sobrino, quien finalmente llevó al afectado a un centro médico para el lavado gástrico correspondiente, evitándose así la muerte de Salas Díaz.

2.9. Por tanto, la encausada desarrolló actividad posterior, para impedir la consumación del delito, por lo que debe tenerse en cuenta que la voluntariedad del desistimiento quedó así configurada; no se exige que los actos consecuentes sean igualmente personales, por lo que también pueden efectuarse a través de terceros, como en el presente caso, en que intervinieron familiares de la víctima y la agente activa.

2.10. La encausada abandonó el propósito original, y las acciones efectuadas fueron eficaces, dado que el resultado inicialmente representado no se produjo. Si su actuar hubiera sido más intenso, la consecuencia punitiva en su perjuicio hubiera sido necesariamente menor.

2.11. Corresponde aplicar el artículo dieciocho del Código Penal (desistimiento), situación que no fue evaluada adecuadamente en primera instancia; por tanto, emitir condena por el delito de parricidio, en el grado de tentativa, porque de hacerlo así, se vulneraría el principio de legalidad, dado que se interrumpió la consumación por acción de la procesada y no por un factor ajeno a ella.

2.12. Sin embargo, ello no implica la irresponsabilidad penal por el menor resultado consumado y que se evalúe la conducta independiente configurada hasta el momento en que operó el desistimiento.

2.13. Hasta el momento del desistimiento producido, el menor quedó envenenado, por tanto lesionado con peligro inminente para la vida; tuvo que permanecer internado durante quince días en el hospital, y le efectuaron lavado gástrico y tratamiento médico para preservar su existencia. Ello, por sí mismo, configura el delito de lesiones dolosas graves,

circunstanciadas por la minoridad de la víctima y el grado de parentesco (por lo tanto, doblemente agravadas), conforme con lo regulado en el inciso primero, del artículo ciento veintiuno, concordado con el primer párrafo, del artículo ciento veintiuno-A, del Código Penal.

2.14. Así, corresponde la reconducción de los hechos y la imposición de condena dentro del marco de la ley.

2.15. Se advierte que el delito de lesiones graves circunstanciadas, en referencia adicionalmente a la pena de privación de libertad, prevé dos copenalidades principales, referidas a la suspensión e incapacidad del ejercicio de la patria potestad, las cuales no corresponden fijarse debido a que en la actualidad el agraviado Salas Díaz adquirió la mayoría de edad el doce de marzo de dos mil trece, tal como se infiere de su acta de nacimiento (folio ciento seis).

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria, **ACORDAMOS**:

I. Declarar **HABER NULIDAD** en la sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil doce, emitida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur (folio doscientos catorce), en el extremo que condenó a doña Ana María Díaz Andrade como autora del delito de parricidio, en grado de tentativa, en agravio de Christian Yan Salas Díaz; y, reformándola, reconducir los hechos, declarando a Días Andrade autora del delito de lesiones dolosas graves, previsto en el inciso uno, del artículo ciento veintiuno, concordado con el primer párrafo, del artículo ciento veintiuno-A, del Código Penal.

II. Declarar **HABER NULIDAD EN LA PENA IMPUESTA** de seis años de privasión de libertad y, reformándola:

III. IMPONER cinco años de pena privativa de la libertad, la que computándose desde el diecinueve de diciembre de dos mil doce, vencerá el dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete.

IV. Declarar **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene. Hágase saber y devuélvase.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yurianieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

JS/sd

11 ABR. 2014