

Lima, veinticinco de julio de dos mil catorce

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por la representante del Ministerio Público y la defensa técnica de los sentenciados Marcial Francisco Soria Serrano, Danilo Lionel Fuertes Benites y Carlos Johnny Candia Cartolín, contra la sentencia de fojas cinco mil doscientos noventa, del once de octubre de dos mil trece; habiendo solicitado la prórroga correspondiente, con la razón de relatoría que antecede que da cuenta de la licencia del señor Juez Supremo Cevallos Vegas del quince de junio al trece de julio del presente. Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

I. AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES

1. Recurso de la Representante del Ministerio Público

PRIMERO. La representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos setenta y dos, indica que: i) Sobre la absolución por delito de tortura agravada con lesiones graves, contrario a lo que señala la Sala, estas lesiones sí existen, toda vez que en el protocolo de necropsia se señala la presencia de excoriaciones graves y relevantes, como las dos excoriaciones en área escrotal de hasta ocho por dos centímetros; así como el hematoma del cuero cabelludo y epicraneal en región parietotemporal derecha de diez por ocho centímetros, y a nivel temporal izquierda de cuatro por tres centímetros; vale decir, lesiones en las áreas escrotal y de la cabeza, que comprometen tanto el área genital, como la cabeza, que los harían impropios para su función. Estas no fueron causadas por el propio agraviado como se ve del video, sino por los acusados en el segundo momento, cuando lo engrilletaron y condujeron a

la maletera del vehículo, utilizando violencia física con el propósito de castigarlo por no dejarse conducir a la Comisaría en calidad de detenido.

ii) Existen elementos objetivos que acreditan el delito, como la violencia con la que actuaron los procesados, que hace previsible que se causarían lesiones graves al afectado, lo que se prueba con el video y el informe pericial de necropsia médico legal. iii) Es absurdo que las lesiones fueran causadas solo por una intervención policial, pues no es creíble que un ciudadano que pide ayuda termine siendo víctima de abuso, enmarrocado, agredido por siete efectivos policiales armados, sobre todo cuando estos tienen el deber de resguardar la integridad física y la vida de la víctima. iv) El personal policial no era el competente para efectuar esta intervención, sino el de Antidrogas. v) La testimonial de Dora Espinoza no es suficiente para dar por acreditada la existencia de lesiones, pues es fácilmente influenciable, toda vez que tiene cercanía a Aguilar Pérez. vi) Respecto a Daniel Loayza, se debe considerar que la muerte se produjo cuando el agraviado estaba en el interior del vehículo policial, y que la absolución se basa en las contradicciones de Candia Cartolín, Soria Serrano y Fuertes Benites; sin embargo, no se valoraron el acta de visualización y las declaraciones ya citadas, que en conjunto acreditan la responsabilidad del acusado. vii) Respecto a la condena de Marcial Soria, Carlos Candia y Danilo Fuertes debe considerarse la existencia del concurso real de delitos, pues antes se realizó el delito de tortura con lesiones; en ese sentido, la pena no refleja la gravedad de la afectación del bien jurídico. También se deben valorar la violencia desproporcionada, el daño severo que causó la muerte, los deberes infringidos (pues tenían el deber de proteger la vida del agraviado y no vulnerar el reglamento de actuaciones de la Policía Nacional del Perú). viii) Los hechos se condicen con un dolo de tortura con resultado de muerte y no uno de homicidio.



2. Recurso de la defensa técnica del sentenciado Danilo Lionel Fuertes Benites

SEGUNDO. La defensa técnica del sentenciado Danilo Lionel Fuertes Benites, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos treinta y seis, indica que: i) La conducta que se le imputa no es típica, pues al agraviado no se le sometió a tortura, ni dolores o sufrimientos graves (sean físicos o mentales), ni sometido a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental. ii) Es injusta la pena, toda vez que se le sanciona solo porque debió asumir la calidad de garante de la integridad física y psíquica del agraviado por ser su detenido, pero no se ha tomado en cuenta que la intervención que se hizo fue diferente a otras intervenciones por las circunstancias del comportamiento del agraviado en el Banco Continental. Además, la policía denominada "Águilas Negras" asumió el control de la intervención, él solo actuó conforme a Ley, lo que se corrobora con el voto discordante de la magistrada Benavides Vargas. iii) No se probó que la conducta del procesado estuviera dirigida a obtener una información o castigar al agraviado por un hecho cometido. iv) En todo caso, la conducta del procesado debería ser por delito de homicidio por dolo eventual, pero no tortura. v) Los testimonios de Dora Espinoza, Cristina Martínez, Catalina Aguilar, corroboran lo dicho por el imputado de que actuó legalmente. vi) El examen a los peritos determinó que solo el efectivo policial Soria Serrano ocasionó la muerte del agraviado y no el imputado. vii) Los videos muestran que el acusado actuó legalmente, tranquilo y que el agraviado sí poseía droga. viii) El acta de verificación y comprobación de hechos determina que actuó de conformidad a la Ley. ix) El imputado siempre estuvo sentado detrás de la víctima, por lo que no ejerció violencia contra él.

3. Recurso de la defensa técnica del sentenciado Marcial Francisco Soria Serrano

TERCERO. La defensa técnica del sentenciado Marcial Francisco Soria Serrano, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres, indica que: i) A pesar de que la defensa planteó que no se estableció el elemento contextual de ataque a la población civil generalizado o sistemático en ejecución de una política de Estado en el delito de tortura –toda vez que este es un delito de lesa humanidad–, como sí se hace en el delito de desaparición forzada; la Sala no dio respuesta a esta alegación vulnerando el deber de motivación. ii) Se vulneró el principio de legalidad, pues al calificar los hechos no se consideró el elemento contextual de ataque a la población civil generalizado o sistemático en ejecución de una política de Estado en el delito de tortura, pues este es un delito de lesa humanidad, que no solo afecta bienes jurídicos de la víctima individual, sino a toda la comunidad en general, que nació en el Derecho Penal Internacional a través de tratados y fue así que se incorporó al Código Penal. La Sala Penal Nacional también reconoció el fundamento internacional del tipo penal de tortura; asimismo, las legislaciones internacionales han incorporado a la tortura como delito de lesa humanidad. iii) Los actos del acusado tenían como fin inmovilizar al agraviado para enmarrocarlo, por ello requería las llaves de las marrocas. iv) La Sala no motiva como prueba el dolo, pues los hechos probados dan cuenta de un procedimiento policial de arresto que exigió inmovilizar a la víctima, quien se golpeaba a sí mismo y se necesitaron siete policías para levantarlo y ponerlo en la maletera. v) Estos hechos no permiten imputar el dolo de homicidio, incluso la Sala le atribuye una conducta culposa al decir que pudo prever que se podía producir la muerte del agraviado. vi) Se debe aplicar la causa de justificación de cumplimiento de un deber de función, teniendo en cuenta la conducta de la víctima. vii) La

conducta del acusado, dependiendo de si violó un deber objetivo de cuidado o si existió el aumento injustificado del riesgo permitido, constituiría un caso de homicidio culposo. viii) Puede ser también un caso de lesiones dolosas y con resultado de muerte del agraviado por culpa, es decir, lesiones seguidas de muerte.

4. Recurso de la defensa técnica del sentenciado Carlos Johnny Candia Cartolín

CUARTO. La defensa técnica del sentenciado Carlos Johnny Candia Cartolín, en su recurso formalizado a fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho, indica que: i) No hay prueba de la coautoría del acusado en el delito. ii) No está probado que Candia Cartolín sujetara el brazo del intervenido, al contrario la acusación fiscal señala que quien sujetaba del brazo izquierdo al agraviado era Loayza Carbajal, ubicándose entre Candia Cartolín y Soria Serrano, y estos hechos no pueden ser modificados por la Sala Penal. iii) Loayza Carbajal y Candia Cartolín no pudieron a la vez agarrar del brazo izquierdo al agraviado, pues el espacio era muy pequeño. iv) Al contrario, hay prueba de que Loayza Carbajal lo reemplazó en agarrar el brazo al agraviado. v) El hecho de agarrar el brazo no puede equipararse a actos de tortura ni de coautoría, más aún, cuando la modalidad de asfixia mecánica no admite participación. vi) La Sala rechaza la existencia de tortura, pero condena por este delito. vii) No existe delito de tortura, posición que incluso está acreditada en el voto singular, pues no existen lesiones, por ello no se entiende cómo es que esto luego, en el tercer momento se convierten en actos de tortura. viii) Existe una falta de motivación pues no se valoraron todos los medios de prueba, solo se mencionaron.

II. HECHOS IMPUTADOS

QUINTO. La acusación fiscal de fojas dos mil quinientos sesenta y seis imputa de modo genérico que los procesados el catorce de julio de dos mil diez, en su condición de servidores públicos como miembros de la Policía Nacional del Perú, haber intervenido ilegalmente al agraviado Wilhem Calero Coronel, agrediéndolo físicamente en forma brutal, infligiéndole dolores y sufrimientos graves, además de someterlo a condiciones y métodos que anularon su personalidad disminuyendo su capacidad física, con el objeto de castigarlo por no dejarse enmarrocar, ni dejarse conducir, habiendo sido agredido en tres momentos, causándole graves lesiones y en el último momento de agresión se le causó la muerte por asfixia mecánica tipo estrangulación-traumatismo cervical-agente causante compresión externa cervical; hechos que constituyen grave violación de derechos humanos. Estos hechos se dividen en tres momentos, de los cuales esta Suprema Instancia solo se analizarán dos, que son materia de recurso:

a) El segundo momento *-conforme a la acusación fiscal-* se da cuando aparecen los procesados César Verástegui Malpica, Daniel Loayza Carbajal y Nelson Osías Becerra Vásquez, a bordo del patrullero de placa de rodaje número PL-tres mil ciento ochenta y nueve, encontrando en el frontis de la agencia bancaria a los procesados Fuertes Benites y Aguilar Pérez quienes retenían al agraviado, uniéndose al grupo Loayza Carbajal y Becerra Vásquez, es así que los cuatro efectivos policiales rodean al agraviado y pretenden conducirlo en condición de detenido desde el frontis de la agencia hasta el vehículo patrullero estacionado en la esquina, quitándole la mochila, por lo que se produce un forcejeo, apareciendo Verástegui Malpica, así, entre cinco efectivos policiales lo rodean y bajan las

gradas de la puerta de acceso de la entidad financiera, momentos en que los acusados lo siguen y arrinconan en la mampara de la puerta principal de la agencia bancaria, lugar donde cae al piso y es severamente golpeado por estos cinco policías, quienes le aplican una salvaje golpiza con puño y patadas. A las catorce horas con tres minutos y veinticinco segundos, aparecen los procesados Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín, a bordo de un segundo patrullero de placa de rodaje número PL-seis mil novecientos ochenta y cinco, quienes se unen al grupo que agredía al agraviado, siendo siete agentes en total, quienes armados y en superioridad numérica golpean y aplican salvaje castigo físico al agraviado, quien estaba en el suelo en total indefensión, caen sobre él, aplastándolo, uno le sujeta de los pies, otro pone la rodilla encima del cuerpo, así lo pisan y patean. La víctima se encontraba enmarrocada y con las manos hacia atrás infligiéndole dolores y castigo por no haberse dejado conducir engrilletado y detenido y a la vez para coaccionarlo para que se deje conducir como detenido por los policías agresores, en ese contexto le producen las lesiones graves. Estos hechos son tipificados por el Ministerio Público como delito de tortura gravada con lesiones graves.

b) El tercer momento *–en la línea acusatoria del Ministerio Público–* se da cuando se producen nuevos actos brutales, de violencia y de castigo, infligiendo sufrimientos graves y dolores a la víctima, porque se había soltado de las marrocas y pretendía salir del patrullero donde indebidamente había sido conducido en condición de detenido intimidándolo y coaccionándolo para que se deje conducir como tal, sin haber cometido delito flagrante ni existir mandato judicial, en este momento los encausados Marcial Soria

Serrano, Carlos Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites aplicaron violencia y castigo extremo y sufrimientos graves a la víctima actuando en coautoría y dominio funcional del hecho, causándole asfixia mecánica tipo estrangulación que le ocasionó la muerte.

III. MARCO JURÍDICO GENERAL

SEXTO. Toda sentencia condenatoria será el resultado de un análisis exhaustivo que el juzgador debe efectuar de las pruebas de cargo y descargo, obtenidas y actuadas con todas las garantías del caso, pues solo su debida contrastación –que genere a su conclusión certeza en el juzgador, respecto a la responsabilidad del procesado y, por lo tanto, el desvanecimiento del principio de presunción de inocencia–, puede arribar a tal decisión jurisdiccional.

SÉPTIMO. En el Perú están previstos los delitos contra la humanidad en el Título XIV-A del Libro Segundo del Código Penal, dentro de ellos se tiene el delito de tortura sancionado con cinco a diez años de pena privativa de libertad en su tipo base, de ocho a veinte años, cuando se causa la muerte, y de seis a doce años cuando se causan lesiones; se tratan, en consecuencia, de figuras autónomas creadas por el legislador y con exigencias propias.

OCTAVO. El artículo trescientos veintiuno del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público (o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquél), que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad (o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica), con el fin de obtener de la víctima o de un tercero

una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla. Esta conducta será agravada si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado (no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, respectivamente).

IV. DELITO DE TORTURA AGRAVADA POR LESIONES GRAVES

(Extremo de la recurrida que absolvió a Pedro Antonio Aguilar Pérez, Danilo Lionel Fuertes Benites, Daniel Loayza Carbajal, Nelson Osías Becerra Vásquez, César Fernando Verástegui Malpica, Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín)

NOVENO. Como se indicó, este extremo del agravio versa sobre el segundo momento, que para el Ministerio Público se suscita desde que aparecen en la escena del crimen Verástegui Malpica, Loayza Carbajal y Becerra Vásquez, efectivos policiales que se unieron a Fuertes Benites y Aguilar Pérez quienes retenían al agraviado y a quien le infligen severos golpes por no dejarse conducir engrilletado; hasta que, con la ayuda de Soria Serrano y Candia Cartolín, lo trasladan al patrullero, pero estos también se unen al grupo para agredir al agraviado.

DÉCIMO. Al respecto, la Sala Penal sentenciadora consideró que estos hechos no estaban acreditados, toda vez que: i) El acusado Aguilar Pérez no estuvo en el lugar de los hechos en ese específico momento, pues había ingresado a la entidad financiera y no es sindicado por nadie como si tuviera participación en estos hechos y en el video no se le puede apreciar. ii) Verástegui Malpica, Loayza Carbajal y Becerra Vásquez llegaron por una alarma a la entidad financiera, para prestar seguridad,

toda vez que había una persona alterada, a quien luego se le encontró droga, si bien la fiscalía señala que esta no era del agraviado, sino que fue puesta exprofesamente por la policía para inculparlo (posiblemente por Fuertes Benites), esto no ha sido acreditado, más aún cuando se tienen la testimonial de Dora Espinoza Prieto, la grabación en que se ve que cae un paquete de la mochila del agraviado, y las declaraciones de la efectivos policiales. Asimismo, del video se observa que los acusados trataron de engrilletar al agraviado, pero caen a consecuencia del forcejeo, situación de lucha que dura unos minutos, hasta que llegan Soria Serrano y Candia Cartolín en otro patrullero, luego entre todos, forcejean con la víctima por la resistencia que ofrecía cayendo varios al piso, ahí lo sujetan, uno de ellos le pone el pie, otro la rodilla y finalmente lo reducen, engrilletan y lo cargan para conducirlo al patrullero. iii) De esto se extrae que no obstante se aprecia uso de la fuerza para reducir al agraviado, esto no condice con la tesis del Fiscal referida a una brutal golpiza.

DÉCIMO PRIMERO. Frente a esta decisión jurisdiccional la Fiscalía señaló que estas lesiones que sustentan el tipo penal de tortura agravada por lesiones graves sí existen, toda vez que en el protocolo de necropsia se señalan excoriaciones graves y que por su ubicación harían impropio para su función a los órganos afectados, siendo estas lesiones causadas por los acusados cuando lo engrilletaron y condujeron a la maletera del vehículo, utilizando violencia física con el propósito de castigarlo por no dejarse conducir a la Comisaría en calidad de detenido.

DÉCIMO SEGUNDO. El tipo penal imputado no se configura cuando la actuación policial está arreglada a Derecho, es decir, cuando se hace un uso legítimo de la fuerza; en ese sentido, la Declaración sobre Protección contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, refiere que no se consideran tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes a estas, en la medida en que estén en consonancia con las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos. De conformidad con ello, la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura indica que no estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas.

DÉCIMO TERCERO. Teniendo en cuenta lo anterior, apreciamos que las lesiones que presenta el agraviado son de una entidad mínima, que incluso no configuran el delito de lesiones leves –que requiere diez días de incapacidad médico legal–, pues conforme a la ratificación en el acto oral de los médicos legistas, el agraviado presenta lesiones escoriativas que requieren una incapacidad médico legal de uno a dos días y las equimóticas de hasta cuatro días, producidas en cabeza, espalda y extremidades, como se ve del informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete, ratificado en el acto oral por los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores, a fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis; es decir, las lesiones que presenta el agraviado son tan leves que no podrían en ningún caso representar una acción típica de tortura. Entonces, resultando las lesiones con tan pocos días de incapacidad, lo lógico es que estas lesiones no harían impropio para su función a los órganos afectados, es decir, estas lesiones no acreditan en ningún caso un dolor o sufrimiento graves, ni algún método que anule la personalidad, o disminuyan la capacidad física o mental del agraviado.

DÉCIMO CUARTO. Así, ni siquiera desde el punto de vista objetivo se configura el tipo penal, pues estas mínimas lesiones se condicen con una actuación arreglada a Derecho, pues el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por Resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos, conceptualiza a la fuerza como el medio compulsivo a través del cual el efectivo policial logra el control de una situación que atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad y la vida de las personas dentro del marco de la ley, la misma que debe aplicarse de forma legal, necesaria y proporcional, requisitos que en el presente caso se presentan, toda vez que los agentes actuaban frente a la agresividad y descontrol del agraviado y su actuación en conjunto fue necesaria para neutralizar la reacción de este, además, fue proporcional por cuanto no se le causó lesiones siquiera leves para poder controlarlo.

DÉCIMO QUINTO. A mayor abundancia, se debe referir que existen testimoniales que dan cuenta que al momento de la intervención no hubo violencia excesiva ni castigo o algún método que anule la personalidad, pues uniformemente se señala que el agraviado al momento de los hechos se encontraba alterado y violento, por lo que fue intervenido por los efectivos policiales, de esta situación dan cuenta de forma consistente, perseverante y carente de incredibilidad subjetiva, los testigos: Dora Espinoza Prieto (manifestación policial, con presencia del fiscal, de fojas ciento setenta y dos, testimonial de fojas mil novecientos dieciocho y declaración en juicio oral de fojas tres mil novecientos setenta y uno); Jacqueline Cristina Martínez Uculmana (manifestación policial, con presencia del representante del Ministerio Público, de fojas ciento setenta y nueve, testimonial de fojas mil novecientos veintinueve y declaración en juicio oral de fojas cuatro mil tres); Mariel Bozzo Bravo (manifestación policial, con presencia del fiscal, de fojas ciento ochenta y tres, testimonial de fojas mil novecientos treinta y siete y declaración en juicio oral de fojas tres mil ochocientos sesenta y cinco);

Catalina Aguilar Quispe (manifestación policial, con presencia del fiscal, de fojas ciento ochenta y ocho, testimonial de fojas dos mil ciento cincuenta y cuatro y declaración en juicio oral de fojas cuatro mil seiscientos treinta y cuatro); Yener Antonio Mostacero Días (manifestación policial, con presencia del representante del Ministerio Público, de fojas setenta y cinco y declaración en juicio oral de fojas cuatro mil quince); y de Nicanor Hipólito Olea Gástulo (manifestación policial, con presencia del fiscal de fojas ochenta y seis y declaración en juicio oral de fojas tres mil doscientos trece). Estas versiones son creíbles, toda vez que estos testigos se encontraban cerca del lugar de los hechos, los cuales ocurrieron en plena calle; además, es de tener presente que existiendo un considerable número de personas cerca de la entidad financiera, ubicado en la avenida Faucett, siendo la una con cuarenta horas de la tarde, con tráfico intenso de personas y con visibilidad óptima; no resulta probable que los procesados a plena luz del día ejecuten actos de tortura contra el agraviado, que por lo general se dan en contextos de clandestinidad, en privado.

DÉCIMO SEXTO. Es claro que no hubo violencia desmedida, lo que es confirmado con el acta de visualización de imágenes dispositivos de almacenamiento (CD) de fojas dos mil doscientos dieciséis. Además, existe duda de que las lesiones inferidas al procesado hayan sido producidas en el llamado segundo momento, que va desde que lo intervienen y lo llevan por primera vez al patrullero; por lo que este extremo de la decisión de las sentencia en cuanto absuelve a Pedro Antonio Aguilar Pérez, Danilo Lionel Fuertes Benites, Daniel Loayza Carbajal, Nelson Osías Becerra Vásquez, César Fernando Verástegui Malpica, Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín de la acusación fiscal como autores del delito contra la Humanidad-tortura gravada por lesiones graves, en perjuicio de Wilhem Calero Coronel; debe mantenerse, siendo irrelevante

la competencia de la policía sea Antidrogas o "Águilas Negras", como alega el fiscal.

V. DELITO DE TORTURA AGRAVADA POR RESULTADO MUERTE

(extremo de la recurrida que absolvió a Daniel Loayza Carbajal y condenó a Marcial Francisco Soria Serrano, Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites)

1. La inadecuada calificación de los hechos como delito de tortura agravada por resultado muerte

DÉCIMO SÉPTIMO. Respecto al delito de tortura agravada con resultado muerte, el tipo penal exige como elemento subjetivo que el infligir dolor o sufrimientos graves, tenga como fin: i) El obtener de la víctima una confesión o información. ii) Castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido. iii) Intimidarla o coaccionarla. En el presente caso se imputa el tercer ánimo, esto es, que la violencia se usó como intimidación y coacción para que el agraviado se deje conducir como detenido sin haber cometido el delito flagrante ni existir mandato judicial.

DÉCIMO OCTAVO. Sin embargo, no existe prueba directa o indirecta que nos lleve a afirmar con juicio de certeza que este elemento subjetivo "dolo" se halle en el comportamiento de los encausados, cabe decir que la finalidad de sus actos estuvieran dirigidas a ello, el infligir sufrimiento grave con el propósito de intimidarlo o coaccionarlo, pues tal imputación se contradice con el escaso número de lesiones que presenta y que conforme a lo anteriormente señalado, son mínimas, pues solo se produjeron lesiones escoriativas de uno a dos días y equimóticas de hasta cuatro días de incapacidad médico legal. Además, debe tenerse

presente que el agraviado se comportaba de forma violenta, alterada y era renuente a ser intervenido; es decir, la policía frente a la resistencia que oponía a la intervención estaba habilitada para aplicar de manera razonable el uso de la fuerza orientada a vencer la resistencia; lo que no necesariamente implica que esto involucre una conducta de intimidación o coacción, en sentido de tortura, sino que fue parte de la intervención que normativamente había que administrar según el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por Resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos; en ese sentido, el ánimo subjetivo no está acreditado, pues la intervención obedeció al uso de la fuerza para lograr la detención y no se acredita que obedezca al uso de intimidación y coacción para que se deje conducir como detenido sin haber cometido el delito. Como se refirió, no obstante la fiscalía señala que se "sembró" droga al agraviado, este hecho no está acreditado, al contrario, está demostrado que había droga y que el efectivo policial Fuertes Benites refirió que lo encontró al agraviado, lo mismo que señala la testigo Dora Espinoza Prieto y se condice con la grabación citada.

2. La reconducción de los hechos al tipo penal de homicidio

DÉCIMO NOVENO. El hecho que no se pruebe el ánimo subjetivo no quiere decir que la conducta sea atípica, pues está acreditada la muerte del agraviado, por lo que cabe reconducirla al delito de homicidio¹, sin embargo, hay que analizar si es que este es a título de dolo o de culpa. Para ello es necesario saber qué hechos están acreditados.

¹ Conforme al Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116, que señala que cuando el acusado en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa; como ocurrió en este caso en el recurso formalizado de la defensa de Soria Serrano, de fojas cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres.

VIGÉSIMO. Los acusados por este delito niegan su responsabilidad en los hechos y ninguno acepta su participación directa en el resultado muerte, que según el informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete la causa fue una asfixia mecánica. En efecto, la pericia indica que se produjo la muerte por asfixia y que el agresor se encontraba detrás de él, en ese sentido se tiene: i) El informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete, que señala que la causa de muerte es asfixia mecánica, tipo estrangulación por traumatismo cervical siendo el agente causante compresión externa cervical. ii) La declaración ilustrativa de los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores de fojas mil cuatro, donde señalan que el agraviado sufrió una estrangulación que guarda relación con una compresión de brazo y antebrazo a nivel cervical, de adelante hacia atrás y de afuera hacia adentro, por lo que el agente estuvo detrás de la víctima. iii) La ratificación en el acto oral de los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores de fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis, donde señalan que es posible que esta compresión traqueo antebraquial producida al cuello desde la parte posterior de la víctima haya comprimido las partes blandas de la región del cuello y de manera que el flujo de la sangre no ha sido tal, no pasó con fluidez o no retornó al comprimirse vasos venosos, y para esto solo se requiere de tres a cinco kilos de presión de fuerza para impedir el retorno venoso y la oxigenación del encéfalo y estos producen como tal una cianosis, edema encefálico y también puede producir la muerte; si la presión es mayor va a producir, como en este caso, luxación occipitoloidea, luxación a nivel cervical C-cinco y C-seis.

VIGÉSIMO PRIMERO. Frente a las contradicciones de los procesados para desvirtuar su responsabilidad, se puede determinar que la acción mortal

descrita se condice con las acciones que consistentemente los coprocesados Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites le imputan a Marcial Francisco Soria Serrano. Danilo Lionel Fuertes Benites, en su instructiva de fojas mil cuatrocientos treinta, señaló que Soria lo tenía al agraviado presionado cerca del cuello, presionándolo contra el piso del auto en posición de boca abajo; en su declaración en juicio oral de fojas tres mil doscientos cincuenta, señaló que Calero Coronel estaba boca abajo, en la maletera, como Soria tenía las manos ocupadas él mismo sacó el grillete, como estaba libre, Soria lo agarra con más fuerza y se tira encima de él, agarrándolo; asimismo, señala que Soria y Loayza estaban en el lado derecho cerca de la cabeza del agraviado. Carlos Johnny Candia Cartolín en su manifestación policial, realizada en presencia del fiscal, de fojas ciento treinta y cinco, señaló que Soria dejó su ubicación inicial, se dirigió a la maletera donde apoyando su cuerpo en la espalda del intervenido trata de jalarle los brazos hacia atrás, en su instructiva de fojas mil cuatrocientos cuarenta y uno, refirió que Soria estuvo presionando la región de la espalda con media parte de su cuerpo y Loayza, quien lo desplazó, se encargó de sujetarle la región de la cabeza, tratando de controlarlo o reducirlo, por cuanto el agraviado oponía resistencia, al cabo de dos minutos, ellos se voltean, Loayza sale asustado y Soria sarcásticamente dice "se ha desmayado, échenle agua". Así, refirió que Soria tenía una parte de su cuerpo en la espalda del agraviado, hasta el desmayo; y su declaración en juicio oral de fojas tres mil seiscientos sesenta, donde indica que Soria Serrano forcejeaba con el intervenido y le estaba agarrando el cuello, tratando de sacar la mano derecha del intervenido, ahí le tapan la visibilidad los transeúntes, Soria estaba detrás del intervenido, un civil le sujetó las piernas, cuando todos se abren ve a Loayza asustado, Soria trata de disimular. También indicó que el intervenido estaba boca abajo y Soria Serrano detrás de él.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Es claro, de los actos de prueba efectuados, que fue Marcial Francisco Soria Serrano quien sujetó al agraviado del cuello, produciéndole una asfixia mecánica, tipo estrangulación por traumatismo cervical, el ataque guarda relación con una compresión de brazo y antebrazo a nivel cervical, de adelante hacia atrás y de afuera hacia adentro, por lo que el agente estuvo detrás de la víctima, como se establece de los relatos de sus coimputados, lo que le da credibilidad a sus dichos, que han sido coherentes y se han mantenido a través del proceso.

VIGÉSIMO TERCERO. Atendiendo a este hecho probado cabe calificarlo como homicidio, sin embargo, la probanza de estos actos objetivos poco dice del aspecto subjetivo del delito, es decir, no dice nada de si el agente actuó por dolo o por culpa.

3. La tipificación de los hechos como homicidio culposo –culpa consciente– (y no como homicidio doloso –dolo eventual–)

VIGÉSIMO CUARTO. Tradicionalmente se había considerado que el dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración, así era usual referirse al dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal; no obstante teorías actuales tratan de eliminar el elemento volitivo del dolo y solo darle un contenido normativo, entendiendo al dolo como mero conocimiento, sin embargo, esto no ha sido posible², más aún cuando se trata de dilucidar si una conducta se realizó mediante dolo eventual o

² Vide: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, pp. 360 y 361.

mediante culpa consciente, pues aceptar la teoría cognoscitiva, implicaría eliminar la culpa consciente a favor del dolo eventual³.

VIGÉSIMO QUINTO. Para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente se han recurrido a muchas teorías; sin embargo, en abstracto y básicamente se puede indicar que el dolo implica el realizar un plan criminal, es decir, es la acción humana voluntaria y consciente de actuar contra el Derecho; en cambio la culpa solo implica negligencia o ligereza en la actuación humana, es decir, su conducta no quiere ser contraria al Derecho. Partiendo de ello, la doctrina dominante y la jurisprudencia han adoptado una postura intermedia entre la teoría del consentimiento (que según la fórmula de Frank habría dolo si el autor dice: suceda esto –el resultado delictivo– o lo otro, en cualquier caso actúo); es decir, "si lo que me parece probable fuese seguro, no obstante actuaría –dolo eventual–; si lo que me parece posible fuera seguro, no actuaría –imprudencia consciente–⁴); y la de la probabilidad (que parte del dolo como conocimiento, pero a pesar de ello exige para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente el grado de probabilidad de producción del resultado que el sujeto advierte, si es muy probable habrá dolo, si es remota la posibilidad será culpa consciente); así, habrá dolo eventual cuando el autor juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado, aceptando la posible realización del resultado o que se resigne a ella, sobre la base de estos conceptos se debe evaluar la conducta del procesado⁵.

VIGÉSIMO SEXTO. Para evaluar si la conducta de Marcial Francisco Soria Serrano es dolosa o culposa debe de atenderse a sus conocimientos para generar un resultado típico y el contexto para aumentar el riesgo

³ Vide: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda edición. Jurista editores, Lima, 2012, p. 485.

⁴ HAVA GARCÍA, Esther. "Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores". En: HURTADO POZO, José (Director). *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 127.

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 372.

permitido. En primer lugar se debe considerar que, no obstante tener dieciocho años de servicio, es un efectivo policial, encargado del manejo de una unidad móvil, es decir, no es el efectivo encargado directamente del control de la situación, en ese sentido, se debe considerar que Henry Dante Poma Dueñas, efectivo policial que trabajó en la unidad de "Águilas Negras", en su declaración a nivel de juicio oral de fojas cuatro mil trescientos catorce, refirió que fue Jefe de Operaciones de Instrucción del Departamento de Seguridad de Bancos y que cuando existe tripulación, conductor y adjunto la función del chofer es solo brindar el apoyo necesario a la intervención del compañero. En segundo lugar, se debe considerar que no existió un plan criminal, pues Soria Serrano acudió al lugar de los hechos por una llamada de los encargados del Banco Continental a fin de realizar una intervención. Tercero, al llegar se encontró con una situación donde el procesado se negaba a ser detenido, actuando violentamente. Cuarto, actuó contra el agraviado toda vez que este intentaba escapar de la camioneta policial donde estaba enmarrocado y advirtiendo que actuaba violentamente usó una fuerza desmedida, la que produjo la muerte. Quinto, esta acción se realizó en plena vía pública, a merced de ser visto por la gente que pasaba cerca de la entidad financiera.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Es claro que a nivel abstracto el agente tenía el conocimiento de la capacidad que poseía para generar un resultado típico; sin embargo, el riesgo no lo aumentó el efectivo policial únicamente, sino que en principio lo originó el agraviado, al intentar escapar de la unidad móvil, es así que Soria Serrano al tratar de evitar esto y frente a la actitud violenta del agraviado lo tomó del cuello aplicando "una palanca", pero debe valorarse que el agraviado se resistía a la intervención, como refieren uniformemente todos los acusados, que no

era él el directamente encargado de la intervención, que fue un hecho no premeditado, lo que produjo que Soria Serrano aplicara una fuerza desmedida, la que a su vez produjo la muerte, acto que fue imprudente, pues actuó de una forma excesiva frente a una reacción violenta y sorpresiva, debiéndose descartar un plan previo o ferocidad, pues el acto se realizó en plena calle.

VIGÉSIMO OCTAVO. Señala el artículo ciento once del Código Penal que la pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el homicidio culposo resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria. En el presente caso, el inculpado Soria Serrano actuó como efectivo policial y no actuó conforme con las reglas de su profesión, pues se condujo sin observar el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos, del doce de junio de dos mil seis, fecha anterior a la ocurrencia de los hechos, que señala que: i) El policía en el arresto debe usar tanto sus conocimientos como su experiencia y pericia, evitando el uso excesivo de la fuerza que puede tener resultados no deseados que afecten los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. ii) La facultad de recurrir al empleo de la fuerza en determinadas circunstancias cuando otros medios resultan ineficaces lleva consigo la gran responsabilidad de velar que esta se ejerza lícita y eficazmente, ya que su uso excesivo afecta directamente los derechos humanos. Por ende, de conformidad con el Acuerdo Plenario número cero uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis; en aplicación del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales, cabe desvincularse del tipo penal imputado en la acusación fiscal, al tipo penal de homicidio culposo.

VI. EFECTOS DE RECONducIR EL TIPO PENAL DE TORTURA AGRAVADA POR RESULTADO MUERTE AL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO

5
VIGÉSIMO NOVENO. En ese sentido, se ha probado el hecho típico y la responsabilidad, por lo que la pena deberá estar dentro de este marco legal, considerando la naturaleza de la acción, pues se dio en el marco de una intervención policial que se supone garantiza la seguridad de los ciudadanos, la edad del procesado, pues es una persona madura que conoce con suficiencia la responsabilidad de sus hechos y tiene educación profesional, por lo que la pena debe ser la máxima.

lm
TRIGÉSIMO. Estando a que se varió el tipo penal, se redujo la pena, y el directo responsable del delito, es una sola persona, la reparación civil debe variar. La reparación civil, conforme con los artículos noventa y dos y ciento uno del Código Penal, busca el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima, esta reparación comprende la restitución del bien materia del delito, cuando es posible, o de su valor y el pago de los daños y perjuicios que se hayan producido como consecuencia del accionar del sujeto activo; esta debe fijarse de acuerdo con la naturaleza del delito cometido. Para cuantificar este resarcimiento económico se valora: i) El daño emergente, que implica afrontar los gastos generados a partir del delito. ii) El lucro cesante, consistente en lo que se deja de percibir. iii) El daño moral, referente a la reparación del sufrimiento subjetivo, al daño psicológico u otro que se causa a una persona mediante el delito. iv) El daño al proyecto de vida, que busca reparar, en alguna medida, la lesión a las expectativas de desarrollo que tenía la víctima.

o
TRIGÉSIMO PRIMERO. En el presente caso estamos ante un homicidio, el cual implica un daño moral, que es indemnizado, considerando su

magnitud y el menoscabo producido a la familia, toda vez que este daño lesiona el estado anímico de la persona creando una sensación de sufrimiento, dolor psico-físico, afectando los sentimientos, la tranquilidad, la paz espiritual⁶ de quien sufre el delito; es claro que en este caso la afectación en el menor hijo del fallecido y en su esposa, que estaba gestando, es grave, pues tendrán que lidiar con las secuelas intensas de la muerte de su padre y esposo, respectivamente. Asimismo, existe un daño al proyecto de vida, que se sustenta constitucionalmente en el artículo primero de la Constitución que señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial en los casos María Elena Loayza Tamayo y Luis Alberto Cantoral Benavides contra el Estado peruano, así este daño es el más importante que se puede inferir al ser humano, pues en los peores casos se le puede arrebatar a la víctima el sentido o razón de su vida, truncando su destino⁷. En el presente caso se dio término de una forma violenta a la vida de un padre, truncando su proyecto de vida, a una edad muy temprana, no dejándole hacerse cargo de la formación y cuidado de su menor hijo y familia.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Siendo la acción de Soria Serrano culposa, no cabe coautoría ni complicidad, toda vez que la autoría culposa exige que el agente actúe directamente en la ejecución del hecho, por lo que cuando existen pluralidad de intervinientes todos responden como autores. En este caso, la conducta de los procesados Carlos Johnny Candia Cartolín,

⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación complementaria.* Tomo II. Séptima edición. Idemsa, Lima, p. 956.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Los jueces y la reparación del 'daño al proyecto de vida'". En: *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República.* N° 1/1, año 2007, p. 178 y ss.

Daniel Loayza Carbajal y Danilo Lionel Fuertes Benites, fue ayudar a maniatar al agraviado. Así, se señala que al momento del tercer hecho Fuerte Benites ingresó al vehículo por la parte posterior al lado derecho y presionó el cuerpo del agraviado, teniéndolo cogido de la muñeca del brazo derecho. Por su parte, Candia Cartolín tenía tomado del brazo izquierdo al agraviado, siendo posteriormente reemplazado por Loayza Carbajal, es claro que la conducta de los procesados únicamente consistió en tomarle de los brazos al agraviado, lo que no significa objetivamente una conducta homicida culposa, por lo que no se les puede imputar delito alguno. En lo que respecta a Fuertes Benites y Candia Cartolín es del caso dar aplicación al artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN:

De conformidad en parte con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal, declararon: **I.** por unanimidad **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fojas cinco mil doscientos noventa, del once de octubre de dos mil trece, que absolvió a Pedro Antonio Aguilar Pérez, Danilo Lionel Fuertes Benites, Daniel Loayza Carbajal, Nelson Osías Becerra Vásquez, César Fernando Verástegui Malpica, Marcial Francisco Soria Serrano y Carlos Johnny Candia Cartolín de la acusación fiscal como autores del delito contra la Humanidad-tortura agravada por lesiones graves, en perjuicio de Wilhem Calero Coronel. **II.** por unanimidad **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que absolvió a Daniel Loayza Carbajal de la acusación fiscal como autor del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel. **III.** por unanimidad **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que condenó a Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel

Fuertes Benites, como autores del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel, a ocho años de pena privativa de libertad y fijó en cien mil nuevos soles el monto de reparación civil que abonarán en forma solidaria a favor de la parte agraviada; y reformándola: **ABSOLVIERON** a los citados encausados Candia Cartolín y Fuertes Benites de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito y agraviado antes citados. **IV. ORDENARON** la inmediata libertad de los encausados Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites, siempre y cuando no subsista en contra de los citados, orden de detención emanada de autoridad competente, para cuyo efecto deberá oficiarse vía fax a la Sala Penal Superior respectiva. **V. DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los precitados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso en este extremo. **VI.** por mayoría (con el voto discordante de la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado) **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que condenó a Marcial Francisco Soria Serrano como autor del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel, a doce años de pena privativa de libertad y fijó en cien mil nuevos soles el monto de reparación civil que abonarán en forma solidaria a favor de la parte agraviada; Reformándola: establecieron que el tipo penal aplicable es el de homicidio culposo, previsto en el segundo párrafo del artículo ciento once del Código Penal (vía desvinculación de la acusación fiscal, conforme con el artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales); **IMPUSIERON** la pena privativa de libertad en cuatro años efectiva, que se computará desde el catorce de octubre de dos mil diez y vencerá el trece de octubre de dos mil catorce; y por unanimidad **FIJARON** en treinta y cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil



abonará Marcial Francisco Soria Serrano a favor de la parte agraviada;
con lo demás que contiene y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

CEVALLOS VEGAS

NF/ jhsc

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dña. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

05 AGO 2014

EL VOTO DISCORDANTE DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA BARRIOS ALVARADO, EN CUANTO AL EXTREMO DE LA CONDENA DE MARCIAL FRANCISCO SORIA SERRANO, ES COMO SIGUE:

PRIMERO. Discrepo de mis colegas respecto a la calificación de los hechos que se da con relación al comportamiento desarrollado por el procesado Marcial Francisco Soria Serrano, pues considero que el elemento subjetivo con el que actuó no es culposos (negligencia), sino que se halla dentro del supuesto de dolo eventual, como se verá.

SEGUNDO. Para evaluar si la conducta de Marcial Francisco Soria Serrano es dolosa o culposa debe de atenderse a que: i) El inculpado es un efectivo policial, conocedor del procedimiento para intervenir a una persona, de acuerdo con el Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial, aprobada por Resolución Ministerial número mil cuatrocientos cincuenta y dos, del año dos mil seis, asumiendo en el momento de la intervención policial un deber de vigilancia de los bienes jurídicos –es un protector de bienes jurídicos–. ii) Que al momento de la acción criminal el agraviado se encontraba en condiciones reales de indefensión y capacidad de resistencia limitada, pues los policías que en ese momento lo conducían a una unidad policial estaban en la posibilidad real de reducirlo, estos son: Daniel Loayza Carbajal, Marcial Francisco Soria Serrano, Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites; por tanto, su superioridad numérica haría inviable cualquier pretensión de fuga del intervenido. iii) El dictamen pericial de psicología forense de fojas doscientos setenta y ocho, practicado al encausado Soria Serrano, concluye que este presenta baja autoestima, necesidad de presentarse fuerte y dominante de manera compensatoria, frente a las demandas del entorno se muestra ansioso e impotente, tendiendo al despliegue de

reacciones agresivas y hostiles. Denota proclividad para el incumplimiento de las normas sociales, pero es imperativo e intolerante con las faltas de los demás. iv) La ratificación en el acto oral de los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores de fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis, señala que para ocasionar la muerte se requiere de tres a cinco kilos de presión de fuerza para impedir el retorno venoso y la oxigenación del encéfalo, lo que produce cianosis y edema encefálico, pero que una presión mayor va a producir, como en este caso, luxación occipitoloidea, luxación a nivel cervical C-cinco y C-seis.

TERCERO. En el presente caso el agente es un efectivo policial entrenado, por tanto, tiene la capacidad de saber si en el caso en concreto su acción puede generar un resultado típico, pues el hecho de ejercer una tracción en el cuello del agraviado no es un acto que no pueda manejar a voluntad, al contrario, es evidente que al efectuar este tipo de estrangulamiento el agente es capaz de discernir cuanta fuerza debe aplicar para inmovilizar al agraviado, cuanta para dejarlo inconsciente y cuanta para matarlo; el policía no es un ciudadano común, sino un agente entrenado.

CUARTO. Este, además, al momento de la intervención policial, y al asumir el rol de mitigar la resistencia del agraviado, era un garante de la vida del mismo, en tal sentido, si bien como se señala, en este tercer momento el agraviado actuó de forma violenta contra sus interventores –para tal afirmación solo contamos con el dicho de los inculpados–, es de valorar que estos eran mayor en número y portaban sus armas de reglamento, en consecuencia, tenían la fuerza disuasiva necesaria para detenerlo sin causar daño a su vida. Entonces, Soria Serrano asumió un deber de garante por deberes de asunción, que se da en los casos en los cuales el

obligado sujeta su conducta al cumplimiento de una obligación que él ha asumido voluntariamente y de la que luego no se puede desentender⁸, como es el traslado a una dependencia policial al agraviado, quien quedó a su cargo.

QUINTO. Es de particular importancia que se considere la superioridad numérica de los agentes intervinientes y su capacidad de poder inmovilizar al agraviado, ya que ello nos lleva a la conclusión que el encausado Soria Serrano pudo actuar de forma distinta a la que actuó, pues teniendo cogido del cuello al agraviado, lo pudo haber dejado inconsciente sin necesidad de causarle una luxación occipitoaloidea, luxación a nivel cervical C-cinco y C-seis; y como señalan los peritos, para darle muerte no era necesario causarle esa lesión, solo bastaba una presión de tres a cinco kilos, entonces, para reducirlo necesitaba una presión menor a tres kilos; por ello, la aparición de esta lesión acredita que el actuar del acusado fue totalmente desproporcionado.

SEXTO. No obstante haberse desarrollado los hechos en el trayecto de traslado del agraviado, y ello por regla de experiencia nos puede conducir a afirmar que no es posible que un funcionario policial en pleno ejercicio de sus funciones desarrolle un acto ilícito –dar muerte– en plena vía pública, en el presente debe valorarse que el dictamen pericial de psicología forense refleja que el acusado frente a las demandas del entorno se muestra ansioso e impotente, tendiendo al despliegue de reacciones agresivas y hostiles, de ahí que en vez de ejercer una fuerza proporcional para inmovilizar al agraviado lo que hizo fue actuar de forma agresiva tomándolo del cuello y de una forma excesiva ejercer presión hasta quitarle la vida, momentos en los que no es posible afirmar que su

⁸ CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Ara editores, Lima, 2010, p. 64.

conducta obedeció a la infracción de un deber objetivo de cuidado y actuó negligentemente, sino que su reacción al ejercer una fuerza mayor a la necesaria obedeció a que se dejó llevar por sus impulsos sin importarle la afectación que pueda causar, contraviniendo su conducta al mandato imperativo de preservar la vida; es así que los actos que realizó incrementaron el riesgo en el bien jurídico vida del agraviado, hasta tal punto que esta acción ocasionó la muerte en el instante del mismo, acto que era plenamente previsible para el agente, pues la probabilidad de que con su acción se causara la muerte era cierta, empero, pese a la representación del hecho como probable, sin importar ello, continuó con su actuar.

SÉPTIMO. Siendo ello así, cabe reconducir estos hechos al delito de homicidio doloso del artículo ciento seis del Código Penal que sanciona al que mata a otro con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. Por lo que de conformidad con el Acuerdo Plenario cero uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis; en aplicación del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales, cabe desvincularse del tipo penal imputado en la acusación fiscal, al tipo penal de homicidio doloso cuyo elemento subjetivo que condujo su ánimo es dolo eventual, dejando sentado que los hechos incriminados no han sido mutados y ha tenido de los mismos la oportunidad de defenderse.

OCTAVO. Estando a que la sanción para el delito de homicidio doloso es de una pena privativa de libertad mínima de seis y no mayor de veinte años, la pena impuesta de ser proporcional a la lesión al bien jurídico, en este caso, el de mayor valor, vida, al que se aúna que el mismo fue realizado faltando a su deber de protección de bienes jurídicos, hallándose el agraviado en total indefensión frente a sus intervinientes, lo

que agrava su conducta, meritándose también que el evento se realizó a título de dolo eventual, por lo que la pena a imponer debe ser la de doce años de pena privativa de libertad.

NOVENO. En cuanto a los acusados Daniel Loayza Carbajal, Carlos Johnny Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites, la imputación en su contra tiene que ver con su participación para reducir al agraviado, que señala el Fiscal condujo a la muerte de este. En concreto, la acusación fiscal establece que estos tomaron de las manos al agraviado, mientras Soria Serrano lo tomaba del cuello y estrangulaba.

DÉCIMO. Sin embargo, de lo revisado de autos –desde la perspectiva de participación criminal– no se ha podido probar la existencia de coautoría de estos, pues esta figura requiere: i) Un plan criminal común y reparto de funciones. ii) Una intervención dentro de la fase ejecutiva del plan criminal. Así no se ha podido acreditar que existiera un plan anterior para matar al agraviado, pues lo que en realidad ocurrió fue que el encausado Soria Serrano ante la resistencia de aquel le aplicó una fuerza excesiva que produjo la muerte de éste.

DÉCIMO PRIMERO. Incluso, fuera de la luxación occipitoaloidea, que causó la muerte, las demás lesiones, como señalaron los médicos legistas Katia Navarro Romero y Andrés Eduardo Castro Flores en la ratificación en el acto oral de fojas cuatro mil quinientos ochenta y seis; son mínimas, pues solo son lesiones escoriativas que requieren una incapacidad de uno a dos días y las equimóticas de hasta cuatro días, producidas en cabeza, espalda y extremidades, como se ve del informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos cuarenta y siete; es decir, las lesiones que pudieron haber ocasionado Daniel Loayza Carbajal, Carlos Johnny

Candia Cartolín y Danilo Lionel Fuertes Benites, no son relevantes para producir el resultado muerte y en ningún caso podría representar un aporte significativo al delito de homicidio.

DÉCIMO SEGUNDO. La muerte del agraviado solo tuvo como causante la luxación occipitoloidea producida por el procesado Soria Serrano a través de una acción de estrangulamiento con brazo y antebrazo, tipo palanca, por lo que no requirió del auxilio de otra persona, pues su sola acción fue suficiente para cometer el delito.

DÉCIMO TERCERO. En el Derecho Policial un policía tiene el deber de actuar discrecionalmente conforme al deber contra las interferencias o perturbaciones hacia la seguridad o el orden público, ello entraña la obligación de intervenir jurídico-policialmente, un deber de actuar jurídico-penal a ser cumplido según Ley. En el presente, el problema radica en determinar si los otros funcionarios policiales tenían el deber jurídico-penal de intervenir frente al acto excesivo de su coacusado Soria Serrano. Es indudable que asumían la posición de garante, de vigilar determinadas fuentes de peligro y, de otro lado, de proteger estos bienes jurídicos frente a cualquier peligro o amenaza. Es válido afirmar en línea general que el funcionario policial asume una posición de garante desde el instante en que su especial responsabilidad se origina en la aceptación de su cargo, o sea, es titular de un deber propio de su función, empero, ello no necesariamente despliega una relevancia jurídico-penal; pues si bien es cierto, por sus atribuciones estatales de intervención, puede tomar medidas más efectivas de las que puede realizar cualquier ciudadano común y por su formación, experticia profesional está en mejores condiciones para superar situaciones críticas, en el presente, analizando el curso causal de los acontecimientos, es posible establecer que la

expectativa de estos respecto del comportamiento de su encausado iba en la línea de confiar en que la conducta de Soria Serrano se adecuaba a lo establecido por las Leyes como una intervención regular; sin posibilidad de percatarse del exceso, tanto más cuando el hecho se realiza a título de dolo eventual y en un lapso breve de tiempo.

Esto se condice con el principio de confianza, que habilita a las personas a suponer (confiar) que los demás se comportarán de acuerdo a su rol; esto es, ejecutando obligaciones de modo adecuado y no efectuando aquello que se les tiene prohibido; entonces, es lícito obrar como si los otros intervinientes obraran de modo correcto, aun cuando de hecho no lo hagan⁹; como indica Jakobs, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás¹⁰.

 **DÉCIMO CUARTO.** La presunción de inocencia se presenta en el proceso penal como regla: 1) regla de tratamiento del imputado, 2) regla de prueba y 3) regla de juicio¹¹. La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio para la decisión final. En el presente caso, estando a que los medios de prueba referentes a las lesiones producidas no concluyen en una responsabilidad de los acusados y que sus propias declaraciones no implican que hayan aportado algún acto delictivo, estamos ante el supuesto de insuficiencia de pruebas, pues no existe material probatorio suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia del procesado, conforme con el artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde la absolución.

⁹ CANCIÓ MELÍA, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ad Hoc, buenos Aires, 1998, p. 26.

¹⁰ JAKOBS, Gunther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2001, traducción de Manuel Cancio Meliá, p. 105.

¹¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, p. 150 y ss.



DECISIÓN:

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque se declare **I. HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia citada que condenó a Marcial Francisco Soria Serrano como autor del delito contra la Humanidad-tortura agravada por muerte, en agravio de Wilhem Calero Coronel; Reformándola: se establezca que el tipo penal aplicable es el de homicidio doloso, previsto en el artículo ciento seis del Código Penal (vía desvinculación de la acusación fiscal, conforme con el artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales). **II. NO HABER NULIDAD** en el extremo que impuso doce años de pena privativa de libertad, que se computará desde el catorce de octubre de dos mil diez y vencerá el trece de octubre de dos mil veintidós; y los devolvieron.

S.

BARRIOS ALVARADO

05 AGO 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA