

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

SENTENCIA CASACIÓN N.º 977-2019/AREQUIPA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Pretensión principal y subordinada. Tesis de desvinculación

Sumilla. 1. La pretensión punitiva del Ministerio Público, hecha valer por el fiscal provincial en el acto oral, en lo que respecta a la **calificación jurídica**, siempre introdujo una calificación principal y una calificación subordinada. En la acusación oral planteó, inicialmente y desde la calificación jurídica, ambos tipos delictivos (principal y subordinado), pero a instancias del Juzgado se inclinó por la pretensión penal principal –lo que era obvio, desde que ese delito lo planteó como principal–. Por consiguiente, debe entenderse que se mantuvo una calificación jurídica o típica desde dos tipos delictivos –el plenario se realizó con esa amplitud respecto del **título acusatorio**–. Siendo así, el órgano jurisdiccional tenía plena libertad, manteniendo el respeto del *factum* acusatorio, para optar por la figura penal que estime adecuada a los hechos declarados probados. 2. El Juzgado Penal no consideró aplicable ninguna de las dos calificaciones jurídicas del Fiscal. Se inclinó por la planteada por los imputados: homicidio calificado por ferocidad. Ellos la introdujeron en su alegato preliminar y, como tal, se configuró el **objeto del debate**, y luego en la casación, ante el cambio de tipicidad por el Tribunal Superior, insistieron en esta misma perspectiva jurídico-penal. Es evidente, entonces, que no medió indefensión material desde la posición procesal del Ministerio Público, porque conoció de la resistencia de los imputados y estaba en condiciones de alegar y probar sobre el particular; luego, no cabe sancionar la actuación del juez con la nulidad del fallo. 3. Si ya se planteó una alternativa jurídico penal por la defensa, no cabía, por obvias razones –en tanto ya existía ese debate plenamente introducido por las contrapartes– que el juez plantee la tesis en orden al delito de homicidio calificado. Jurídicamente el planteamiento de la tesis es exigible en los supuestos de **determinación o constatación alternativa** –no es necesaria en los supuestos (i) de relación lógica de desnivel (entre tipo básico y atenuado, entre tipo básico y agravado, entre tentativa y consumación) y (ii) de relación ético valorativa de desnivel (título de intervención delictiva y grados del delito), siempre que la opción sea más favorable o similar al imputado– (tampoco cuando es patente el error de subsunción del Ministerio Público). Esta institución –tesis de desvinculación– resulta necesaria cuando el acusado con toda seguridad ha cometido uno de diversos delitos independientes, pero hay dudas respecto de cuál, lo cual depende de la identidad del núcleo de injusto que se da cuando una agresión ilícita se dirige contra el mismo bien jurídico o contra un bien jurídico de la misma especie, del mismo género, y cuando el desvalor de la acción de los diversos delitos parece más o menos comparable.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dos de junio de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por **inobservancia de precepto constitucional (debido proceso y defensa procesal), infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación** interpuestos por la defensa de los encausados YORDI LÓPEZ RIVERA, LUIS ENRIQUE MOLLO OSORIO y EVER LUIS SENCIA MAMANI contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setenta, de tres de mayo de dos mil diecinueve, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas trescientos tres, de

veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, los condenó como autores del delito de secuestro con subsecuente muerte en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa e impuso a Mollo Osorio veinticinco años de pena privativa de libertad, a López Rivera veintitrés años de pena privativa de libertad y a Sencia Mamani veinte años de pena privativa de libertad, así como al pago mancomunado de la suma de sesenta mil soles –que cada condenado abonará en razón a veinte mil soles– por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la señora Fiscal Provincial del Octavo Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa por requerimiento de fojas dos, de tres de mayo de dos mil dieciocho, formuló acusación contra Yordi López Rivera, Luis Enrique Mollo Osorio y Ever Luis Sencia Mamani, como coautores del delito de robo agravado con subsecuente muerte; y, alternativamente, por delito de secuestro con subsecuente muerte, en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa.

∞ El Juzgado Penal de Investigación Preparatoria Transitorio de Cerro Colorado mediante auto de fojas ciento cuarenta y siete, de veintiuno de mayo de dos mil dieciocho, declaró la procedencia del juicio oral.

SEGUNDO. Que el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Arequipa, tras el juicio oral, público y contradictorio, emitió la sentencia de primera instancia de conformidad parcial de fojas trescientos tres, de veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, en cuya virtud *(i)* se desvinculó del delito de robo agravado con subsecuente muerte; *(ii)* condenó a Yordi López Rivera como cómplice primario del delito de homicidio calificado por ferocidad tentado en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa; *(iii)* condenó a Luis Enrique Mollo Osorio como autor y Ever Luis Sencia Mamani como cómplice secundario del delito de homicidio calificado por ferocidad en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa; y, *(iv)* les impuso, al primero, ocho años de pena privativa de libertad, al segundo, diez años de pena privativa de libertad, y al tercero, cinco años de pena privativa de libertad, y al pago de sesenta mil soles que abonarán mancomunadamente por concepto de reparación civil.

∞ Con anterioridad, ante la aceptación de los cargos por la encausada Hincho Galdós, se expidió la sentencia conformada de fojas ciento ochenta y cinco, de veintiocho de junio de dos mil dieciocho, que la condenó como autora del delito de omisión de auxilio en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa a un año de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año y al pago de quinientos soles por concepto de reparación civil.

TERCERO. Que tras la interposición y admisión del recurso de apelación, la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, previo trámite impugnatorio, emitió la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setenta, de tres de mayo de dos mil diecinueve. Ésta, revocó la sentencia de primera instancia apelada y, reformándola, condenó a los acusados a Yordi López Rivera, Luis Enrique Mollo Osorio y Ever Luis Sencia Mamani como autores del delito de *szeuzstro con subszeuzntz muzrtz* en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa, a veintitrés años de pena privativa de libertad, veinticinco años de pena privativa de libertad y veinte años de pena privativa de libertad, respectivamente.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa de los encausados Yordi López Rivera, Luis Enrique Mollo Osorio y Ever Luis Sencia Mamani interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que, en lo pertinente, desde la acusación fiscal, se tienen los siguientes hechos relevantes:

- A.** El día siete de enero de dos mil diecisiete, en horas de la noche, el agraviado Junior Joel Huamaní Yllpa se encontraba con sus compañeros de la Institución Educativa “Romeo Luna Victoria” (del distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa) en la discoteca “Totus”, ubicada en la calle San Juan de Dios, del Cercado de la mencionada ciudad, celebrando el cumpleaños de Margaret Karen Delgado Huaralla.
- B.** A las tres horas y treinta minutos del ocho de enero de dos mil diecisiete, el agraviado Huamaní Yllpa abordó un taxi conjuntamente con Sonia Doris Quispe Ticona, Yelenia Mamani Yanque y Wilfredo Quispe Itusaca. Luego, por la altura del comité catorce, en el crucero formado con Casimiro Cuadros, del distrito de Cayma, provincia y departamento de Arequipa, descendió del taxi y se dirigió al Parque de dicho comité, colindante con la Institución Educativa “Manuel Gallegos Sáenz”.
- C.** En dicho parque, a la altura de las gradas, frente a la calle Simón Bolívar, el agraviado Huamaní Yllpa se encontró libando licor a Rony Daniel Aliaga Velazco, Diego Arnaldo Quispe Mamani, conocido como “Nino”, Iván Valeriano Mamani y Roger Chino Mayta, a quienes se unió e ingirió bebidas alcohólicas con ellos.
- D.** A las cinco horas aproximadamente se acercó el vecino del agraviado, el encausado YORDI LÓPEZ RIVERA, a bordo de su vehículo, marca Daewoo, modelo Tico, color amarillo, de placa de rodaje B siete H guión cuatrocientos cincuenta y ocho, junto con una mujer no identificada. El mismo día, entre las cinco horas y treinta minutos y las seis horas de la mañana aproximadamente, el imputado YORDI LÓPEZ RIVERA regresó al Parque a bordo del mencionado vehículo, esta vez en compañía de la sentenciada Lupe Maribel Hincho Galdós, sentada en el asiento del copiloto, y de los encausados LUIS ENRIQUE MOLLO OSORIO, alias “Chino”, y EVER LUIS

SENCIA MAMANI, alias “Nacho”, sentados en la parte posterior del auto. Todos ellos se encontraban en estado de ebriedad.

- E.** Se estacionaron frente a las gradas del lugar donde el agraviado estaba tomando licor y descendieron del vehículo para acercársele. Es del caso que el agraviado Huamaní Yllpa, por la fuerza, fue obligado a subir al vehículo. Ante tal situación, los acompañantes del agraviado, por temor, se retiraron, y solo se quedó, debido a su cojera, Roger Chino Mayta, quien presenció lo sucedido.
- F.** En el trayecto, los encausados reclamaron al agraviado Huamaní Yllpa el teléfono celular de López Rivera y le exigieron que lo devolviera. MOLLO OSORIO le propinó golpes de puño y con una llave de ruedas que le entregó LÓPEZ RIVERA –quien se encontraba al volante del coche–, a su insistencia, lo golpeó en la nariz, ceja y rostro, ocasionándole sangrado, mientras el agraviado Huamaní Yllpa intentaba infructuosamente defenderse y afirmaba que no tenía dicho móvil. Ello ocasionó que LÓPEZ RIVERA estacionara el vehículo en un descampado y lo cogiera del cuello, para luego continuar con su marcha, y que los demás procesados, en especial MOLLO OSORIO, azuzado por LÓPEZ RIVERA, lo siga agrediendo físicamente.
- G.** En el trayecto también quitaron sus pertenencias al agraviado Huamaní Yllpa: un Motorola valorizado en ciento cincuenta soles, así como su chaleco, pantalón y calzado. Además, le encontraron el celular marca Huawei que pertenecía a López Rivera. Finalmente, el encausado MOLLO OSORIO estranguló al agraviado Huamaní Yllpa con su propia correa y le ocasionó la muerte.
- H.** Posteriormente, EVER SENCIA MAMANI bajó el cadáver del agraviado, que solo estaba vestido con un calzoncillo y un polo ensangrentado, y lo abandonaron en el descampado frente al Lote siete, manzana A, de la Asociación “Sor Ana de los Ángeles”, distrito de Cerro Colorado – Arequipa. Acto seguido, se dirigieron al inmueble del hermano de LUIS ENRIQUE MOLLO OSORIO, de nombre Juan Diego Mollo Osorio, ubicado en el Pueblo Joven “Flora Tristán”, donde limpiaron el vehículo con escobilla y agua.
- I.** Conforme al protocolo de necropsia, el agraviado Huamaní Yllpa presentó múltiples lesiones por objeto contundente contuso cortante y cortante en la cabeza, rostro, cara antero superior de tórax y en las extremidades, compatibles con pugilato. Incluso registró lesiones en cara anterior de pierna derecha y depresión cutánea lineal horizontal con excoriación equimótica, depresión cutánea lineal horizontal localizada a nivel del tercio distal de la cara anterior de pierna derecha. La causa de muerte fue anoxia, insuficiencia respiratoria aguda y asfixia mecánica por estrangulación.
- J.** Pasado dos días, EVER LUIS SENCIA MAMANI le entregó el celular Motorola del agraviado al imputado YORDI LÓPEZ RIVERA y este último lo vendió por la suma de ochenta soles.

QUINTO. Que el encausado LÓPEZ RIVERA en su escrito de recurso de casación de fojas quinientos cinco, de veintidós de mayo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación: artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal.

∞ Expuso que no se analizaron las circunstancias precedentes al hecho típico; que no se valoró íntegramente la prueba; que no se estableció que el agraviado subió contra su voluntad al vehículo; que no se acreditó que medió dolo para atentar contra la libertad personal; que el elemento típico del secuestro no se probó; que se probó que el agraviado se apoderó de un celular y la finalidad de su intervención fue que éste lo devuelva; que a la encausada Maribel Hincho Galdós solo se le condenó por delito de omisión de socorro pese a que también estuvo en el interior del vehículo.

SEXTO. Que el encausado MOLLO OSORIO en su escrito de recurso de casación de fojas quinientos veinte, de veintidós de mayo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación: artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal.

∞ Expuso los mismos argumentos que su coimputado López Rivera.

SÉPTIMO. Que el encausado SENCIA MAMANI en su escrito de recurso de casación de fojas quinientos treinta y nueve, de veintisiete de mayo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación: artículo 429, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal.

∞ Expuso que el teléfono celular que tenía el agraviado pertenecía a su coimputado López Rivera; que su conducta estaba destinada a que el agraviado devuelva el celular; que no existió dolo respecto de los delitos de robo y secuestro; que como medió un motivo insignificante el delito cometido es el de homicidio calificado por ferocidad; que su actuación fue de cómplice secundario; que la Sala no explicó por qué todos los encausados son coautores, ni detalló las razones para estimar que existió dolo en su conducta; que su coencausada Maribel Hincho Galdós se le condenó por omisión de socorro pese a que estuvo en el interior del vehículo.

OCTAVO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas noventa y siete, de veinticuatro de abril de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró viable los motivos de casación de **inobservancia de precepto constitucional (debido proceso y defensa procesal), infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación:** artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal.

∞ Los hechos materia de acusación y sentencia son graves y complejos, y han merecido una tipificación diversa en sede de primera instancia y de apelación, así como fueron precedidos de una acusación, con pretensiones principal y subordinada y, entre ella, por un delito no contemplado e introducido en la primera sentencia (robo con agravantes y muerte subsiguiente). Además, se denunció una motivación defectuosa, por incompleta e insuficiente, respecto de las pruebas y de la relevancia de los hechos examinados con las exigencias típicas correspondientes (tipo penal y tipo de intervención delictiva).

∞ Está en discusión, por consiguiente, el principio acusatorio –además del principio de contradicción–, la garantía de motivación y el correcto juicio de tipicidad.

NOVENO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día diecinueve de mayo del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de los señores abogados de la defensa, la doctora Fanny Anilu Abril Aranibar por el encausado López Rivera, el doctor Eduardo Abril Salas por el encausado Mollo Osorio, y el doctor Lenin Apaza Mamani por el encausado Sencia Mamani, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

∞ Consta de lo expuesto por la defensa en la audiencia de casación que se planteó una petición revocatoria de la sentencia de vista y la confirmatoria en todas sus partes de la sentencia de primera instancia.

DÉCIMO. Que cerrado el debate casacional, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, se inició la deliberación, que continuó el día martes veinticinco de mayo de dos mil veintiuno, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que si bien es verdad que en la acusación escrita de fojas dos, de tres de mayo de dos mil dieciocho, el fiscal provincial introdujo una pretensión principal y otra subordinada: robo con agravantes (pluralidad de agentes) y subsiguiente muerte, y secuestro con subsiguiente muerte [fundamento fáctico cuarto, numeral 1, de la sentencia de primera instancia: folio seis], en su alegato final o acusación oral consideró que el delito cometido fue el de robo con agravantes y subsiguiente muerte [fundamento jurídico tercero, numeral dos, de la sentencia de primera instancia]. Empero, como aclaró el Tribunal Superior, el referido fiscal provincial en su alegato final oral expresó que mantenía ambas calificaciones (principal y subordinada) y que, ante el emplazamiento del Juzgado Penal para definirse por alguna de ellas, se decantó por la de robo con agravantes (pluralidad de agentes) y subsiguiente muerte.

∞ De otro lado, la defensa en su alegato preliminar, donde se fijan preliminarmente las pretensiones procesales, consideró que los hechos tipifican el delito de homicidio calificado por ferocidad. El juicio se llevó a cabo a plenitud, con actuación de pruebas, y previamente se produjeron y aprobaron en el procedimiento intermedio determinadas **convenciones probatorias**. La condena, como ya se indicó, fue por el delito de robo con agravantes (pluralidad de agentes) y subsiguiente muerte, a MOLLO OSORIO como autor, a LÓPEZ YORDI como cómplice primario de tentativa (sic) y a SENCIA MAMANI como cómplice secundario.

∞ El encausado SENCIA MAMANI fue el único de los imputados que recurrió en apelación [fojas trescientos setenta y tres, de catorce de septiembre de dos mil dieciocho]. Insistió en que la tipificación que correspondía era la de homicidio calificado, pero que es ajeno a su comisión –no conocía las intenciones de sus coimputados– aun cuando estuvo presente cuando se mató al agraviado Huamaní Yllpa, y que si bien se sentó al lado derecho de la parte posterior del vehículo, lo que obstruía la salida del agraviado, ello no fue planificado.

∞ El fiscal provincial, por su parte, cuestionó que en su alegato final oral se le exigió una definición acerca de la calificación jurídico penal de los hechos; que, desde la prueba actuada, el delito perpetrado es el de robo con agravantes: al agraviado Huamaní Yllpa se le robó sus vestimentas y el celular (no se probó que el que tenía el agraviado era de LÓPEZ RIVERA); que el órgano jurisdiccional no planteó la tesis de desvinculación: de homicidio y secuestro a robo con agravantes; que, además, la pena impuesta no es la que correspondía y el pago de la reparación civil por los imputados fue solo parcial; que el encausado LÓPEZ RIVERA no confesó con sinceridad los hechos, pues cuando fue detenido guardó silencio.

∞ El Tribunal Superior objetó la calificación por el delito de homicidio por ferocidad realizada por el Juzgado Penal. Insistió en que subsistía la pretensión alternativa (o, mejor dicho, subordinada) por delito de secuestro con subsiguiente muerte y los condenó como coautores por este último delito. Impuso a MOLLO OSORIO veinticinco años de pena privativa de libertad, a LÓPEZ RIVERA veintitrés años de pena privativa de libertad, y a SENCIA MAMANI veinte años de pena privativa de libertad.

∞ Los tres imputados recurrieron en casación. Rechazaron la calificación jurídico penal del Tribunal Superior y la pena impuesta. Negaron los cargos por ese delito, pero fueron MOLLO OSORIO y SENCIA MAMANI quienes insistieron en que los hechos probados tipifican el delito de homicidio calificado por ferocidad. El encausado LÓPEZ RIVERA, en esa misma perspectiva, insistió en que la calificación realizada por el Juzgado era la que se correspondía con la valoración integral de los medios de prueba.

SEGUNDO. Que la pretensión punitiva del Ministerio Público, hecha valer por el fiscal provincial en el acto oral, en lo que respecta a la **calificación jurídica**, siempre introdujo una calificación principal y una calificación subordinada: robo con

agravantes (pluralidad de personas y muerte subsiguiente) y secuestro con muerte subsiguiente. En la acusación oral planteó, inicialmente y desde la calificación jurídica, ambos tipos delictivos (principal y subordinado), pero a instancias del Juzgado se inclinó por la pretensión penal principal: robo con agravantes (pluralidad de personas y muerte subsiguiente) –lo que era obvio, desde que ese delito lo planteó como principal–. Por consiguiente, debe entenderse que se mantuvo una calificación jurídica o típica desde dos tipos delictivos –el plenario se realizó con esa amplitud respecto del título acusatorio–. Siendo así, el órgano jurisdiccional tenía plena libertad, manteniendo el respeto del *factum* acusatorio –de la “hipótesis acusatoria”–, para optar por la figura penal que estime adecuada a los hechos declarados probados. Ello es así porque no cabe identificar tipo delictivo con pretensión penal, y en la causa de pedir lo esencial es el hecho constitutivo de la acusación; los elementos de derecho penal, es decir, las normas materiales aplicables, normalmente o como regla general, en función al principio *iura novit curia*, no son indispensables, no vinculan al juez.

∞ Esta opción del juzgador, sin embargo, está delimitada legalmente. Cuando se está ante este tipo de calificaciones jurídico-penales plurales, sin duda, es posible optar, motivada y libremente, por la calificación principal o por la subordinada. Pero, además, como no podía ser de otro modo en orden a la esencia misma de la potestad jurisdiccional, es factible que el juez se incline por un tercer tipo delictivo, es decir, se desvincule de los dos tipos delictivos y opte por otro. Esta posibilidad, empero, requiere del cumplimiento, como pauta general, de la identidad del bien o interés jurídico tutelado entre delito acusado y delito condenado, y, en determinados casos, del planteamiento de la tesis de desvinculación (concordancia de los artículos 374, numeral 1, y 397, numeral 2, del Código Procesal Penal).

TERCERO. Que el Juzgado Penal no consideró aplicable ninguna de las dos calificaciones jurídicas del Fiscal. Se inclinó por la planteada por los imputados: homicidio calificado por ferocidad. Ellos la introdujeron en su alegato preliminar y, como tal, se configuró el **objeto del debate**, y luego en la casación, ante el cambio de tipicidad por el Tribunal Superior, insistieron en esta misma perspectiva jurídico-penal. Es evidente, entonces, que no medió indefensión material desde la posición procesal del Ministerio Público, porque conoció de la resistencia de los imputados y estaba en condiciones de alegar y probar sobre el particular; luego, no cabe sancionar la actuación del juez con la nulidad del fallo.

∞ Por otro lado, si ya se planteó una alternativa jurídico penal por la defensa, no cabía, por obvias razones –en tanto ya existía ese debate plenamente introducido por las contrapartes– que el juez plantease la tesis en orden al delito de homicidio calificado. Jurídicamente el planteamiento de la tesis es exigible en los supuestos de **determinación** o **constatación alternativa** –no es necesaria en los supuestos (i) de relación lógica de desnivel (entre tipo básico y atenuado, entre tipo básico y agravado, tipo consumado y tipo tentado) y (ii) de relación ético valorativa de

de snivz (entre tipo doloso y tipo imprudente, entre tipo de autoría y tipos de participación (complicidad e instigación), siempre que la opción sea más favorable o similar al imputado– (tampoco cuando es patente el error de subsunción del Ministerio Público). Esta institución –tesis de desvinculación– resulta necesaria cuando el acusado con toda seguridad ha cometido uno de diversos delitos independientes, pero hay dudas respecto de cuál, lo cual depende de la identidad del núcleo de injusto que se da cuando una agresión ilícita se dirige contra el mismo bien jurídico o contra un bien jurídico de la misma especie, del mismo género, y cuando el desvalor de la acción de los diversos delitos parece más o menos comparable, al decir de HARRO OTTO [*Manual de Derecho Penal*, 7ma. Edición Reelaborada, Editorial Atelier, Barcelona, 2017]. En el presente caso es indudable que el tipo delictivo de homicidio calificado tiene una pena menor que los delitos de robo con agravantes y muerte subsiguiente y de secuestro con muerte subsiguiente; y, además, los dos últimos delitos son complejos: tutelan varios bienes jurídicos, entre ellos la vida de las personas, de suerte que existe una unidad parcial de bien jurídico con el delito de homicidio calificado.

∞ En consecuencia, desde las posibilidades procesales del órgano jurisdiccional, el Juzgado Penal, al emitir la sentencia de primera instancia, no vulneró precepto constitucional y ordinario-procesal alguno al optar por la calificación jurídica referida al delito de homicidio calificado por ferocidad, apartándose del título acusatorio (robo con agravantes –pluralidad de personas y muerte subsiguiente– y secuestro con muerte subsiguiente). No se puede aceptar una línea argumental que exacerbe un formalismo enervante, sin atender a las características del caso concreto y haga uso del principio de trascendencia en materia de nulidades procesales. Otro aspecto, y distinto, es el caso, desde luego, si la calificación jurídica penal del órgano judicial fue correcta o no.

CUARTO. Que, desde esta misma perspectiva, el Tribunal Superior al descartar el delito de homicidio calificado e inclinarse por el delito de secuestro seguido de muerte no vulneró el principio acusatorio ni la garantía de tutela jurisdiccional, en orden a la exigencia de una sentencia congruente. Cabe insistir que el fiscal provincial recurrió la sentencia de primera instancia e insistió que el delito cometido es el de robo con agravantes (pluralidad de personas y muerte subsiguiente) y alternativamente –en pureza, subordinadamente– secuestro con muerte subsiguiente.

∞ La sentencia de vista, en función a las pretensiones impugnatorias, tampoco incurrió en una vulneración del principio de congruencia procesal o de correlación. El examen casacional siguiente estará en función, primero, a si la sentencia de vista, incurrió en una patología de motivación; y, segundo, si la calificación jurídica es o no la más aceptable.

QUINTO. Que, en orden a la declaración de hechos probados, el **Juzgado Penal** resaltó lo siguiente: **1)** Que se probó la preexistencia del celular Motorola del agraviado con la declaración de su hermano, David José Huamaní Yllpa, de la testigo Beltrán Ranilla, de la pareja del agraviado, Valenzuela Huanca, y de Diego Quispe Mamani, mientras que por convención probatoria se dio por probado que el celular Huawei lo tenía en su poder el referido agraviado Junior Joel Huamaní Yllpa; además, en esa línea declararon los imputados [véase: punto B.11 del folio dieciséis, así como punto 4.3.1 del folio veintinueve, de la sentencia de primera instancia] –la prueba personal determinó esta conclusión–. **2)** Que, ahora bien, el celular Huawei no se sustrajo, solo se quería recuperar porque el agraviado lo había tomado sin autorización de su propietario LÓPEZ RIVERA; y, el celular Motorola se encontró en el asiento del copiloto cuando se limpiaba el vehículo, tras la muerte del agraviado Huamaní Yllpa, luego, fue posterior a la muerte de aquél y lo hicieron RIVERA LÓPEZ y MOLLO OSORIO [vid.: literales F y G, de los folios dieciocho y veinte]. **3)** Que, respecto de las prendas de vestir del agraviado Huamaní Yllpa, no se demostró en qué momento se efectuó tal sustracción y si fue antes o después de la muerte del agraviado [vid.: literal G del folio veinte]. **4)** Que los hechos, descartado el robo –no analizó el delito de secuestro en atención a que entendió que la Fiscalía finalmente se decantó por el delito robo agravado–, se subsumen en el delito de homicidio calificado por ferocidad; en efecto, **(i)** la conducta agresiva de MOLLO OSORIO consistió en agredir con una llave de ruedas al agraviado Huamaní Yllpa, la cual se la entregó López Rivera; **(ii)** la conducta de MOLLO OSORIO, agregado a lo expuesto fue la que ocasionó la muerte por ahorcamiento al agraviado Huamaní Yllpa, por tanto, tiene la calidad de **autor**, mientras que la calidad de LÓPEZ RIVERA es de **cómplice primario**; y, **(iii)** que la conducta del encausado SENCIA MAMANI es la de **cómplice secundario** porque se colocó a un costado de la puerta derecha del vehículo, de suerte que de este modo obstruyó la única salida que podría haber usado el agraviado Huamaní Yllpa para escapar y redujo también con su presencia las posibilidad de la víctima para repeler de manera efectiva la agresión [vid.: cuarto fundamento jurídico, folios veinticuatro a treinta y ocho].

SEXTO. Que, desde el juicio histórico, el Tribunal Superior estimó: **1)** Que, bajo la precisión de que el agraviado Huamaní Yllpa (que permaneció en medio de los imputados MOLLO OSORIO y SENCIA MAMANI, mientras LÓPEZ RIVERA se encontraba en el asiento del piloto) [vid.: punto B.1.2, folio cuatro de la sentencia de vista] fue agredido con una piedra por el imputado López Rivera, mientras que los demás coimputados lo subieron a la fuerza al vehículo, era del caso descartar el delito de robo con agravantes materia de la pretensión impugnativa del Ministerio Público, a la vez que señaló la falta de pruebas de la realidad de una actitud preordenada al robo y que, antes de la muerte de la víctima, se produjo la sustracción imputada [vid.: punto B.2, folios seis a diecisiete]. **2)** Que no cabía que el Juzgado Penal tipifique el hecho bajo un delito no postulado por el

Ministerio Público, a lo que agregó que sus propuestas son imbricadas, faltas de logicidad y coherencia narrativa (sic) [vid.: punto B.4, folio veintidós]. 3) Que, por el contrario, concluyó que se probó que se privó de la libertad al agraviado; que el objetivo o propósito de esta conducta fue recuperar el celular del encausado López Rivera; que la muerte se produjo dentro del coche donde se introdujo por la violencia al agraviado Huamaní Yllpa –primero LÓPEZ RIVERA pasó una llave de ruedas a MOLLO OSORIO, con la que a instancias del primero lo golpeó varias veces, y finalmente con la correa del propio agraviado este último lo ahorcó–, lo que se estableció con la diligencia de reconstrucción [folio quince de la sentencia de vista]; que, por tanto, la muerte se produjo durante ese espacio temporal de privación de libertad, que no puede confundirse móvil con dolo –que solo exige saber que se está afectando la libertad deambulatoria, o de movimientos, del sujeto pasivo– [vid.: punto B.3, folios diecisiete a veintiuno].

SÉPTIMO. Que, ahora bien, es de examinar, dada la conclusión a la que se ha llegado, de la licitud procesal, en ambos casos, de optar por uno u otro tipo delictivo (homicidio calificado o *secuestro* con agravantes), cuál es el que corresponde aplicar al *sub-lite*. Es claro, desde la declaración de hechos probados, que no forma parte de la censura casacional el tipo delictivo de robo con agravantes.

∞ Es evidente, en atención a lo ocurrido y declarado probado, que el agraviado Huamaní Yllpa, mediante agresión y conminación de varias personas (los encausados LÓPEZ RIVERA, MOLLO OSORIO y SENCIA MAMANI), y contra su voluntad –que es lo penalmente relevante, es decir, el objeto de tutela–, se le hizo subir a un vehículo –que, a final de cuentas, es un espacio cerrado– del que no podía salir y se le mantuvo en él por más de veinte o treinta minutos, como mínimo. Este encierro, como es obvio, es el que resulta de la acción que pusieron en marcha los tres imputados para lograr ese estado de privación de la libertad deambulatoria o libertad de movimiento del agraviado Huamaní Yllpa –que es la facultad que tiene el sujeto pasivo de poder fijar libremente su situación en el espacio, trasladándose o permaneciendo en lugar deseado–. Lo arbitrario e injustificado de la conducta de los acusados es patente. Es, además, un delito de efectos permanentes, su duración se extiende todo el tiempo en que subsiste la privación de libertad del sujeto pasivo, y ésta no necesariamente ha de ser de un tiempo extenso, pues basta que se concrete la privación de libertad y tenga lugar durante un tiempo que permite consolidarla. La condición que se exigió al agraviado Huamaní Yllpa, para su liberación y que se le deje de intimidar y agredir, fue la devolución del celular que finalmente él tenía, cuyo desconocimiento proclamaba, y que correspondía al acusado recurrente LÓPEZ RIVERA, más allá que se trató de supuesto nimio, lo que en todo caso no es relevante a los efectos típicos –el tipo delictivo no hace referencia a propósitos ulteriores ni a finalidades comisivas (STSE 1071/2006, de ocho de noviembre)–.

∞ Es de resaltar que en el curso de la privación de libertad, estando el agraviado Huamaní Yllpa retenido en el vehículo de propiedad del encausado LÓPEZ RIVERA [primera convención probatoria: vid.: punto B.1.1 de la sentencia de vista, folio tres], y frente a su negativa de tener en su poder el celular de este último, fue que se le agrede y, luego, se le mata –además, por la forma y circunstancias del hecho es manifiesto que ya en el coche y en el curso del secuestro se le quiso matar, lo que en efecto se consiguió–. Habiéndose producido la muerte del agraviado Huamaní Yllpa en el transcurso de su privación de libertad no es posible que la muerte presente autonomía típica (como homicidio) y merezca, en todo caso, una calificación de concurso real con el secuestro y, menos, que este último delito se pueda producir en un contexto de concurso ideal.

∞ El artículo 152, último párrafo, numeral 3, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 982, de veintidós de julio de dos mil siete, estipula lo siguiente: “*Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto*”. Obviamente se trata de una circunstancia agravante específica en cuya virtud el hecho típico de secuestro se agrava cuando el agente causa la muerte durante el secuestro o como consecuencia del acto de secuestro –los hechos declarados probados determinan que se trató de una muerte durante el secuestro de la víctima–. El legislador optó, en estos casos, de evitar que la muerte de la víctima durante su permanencia contra su voluntad en privación de su libertad de movimiento se resuelva bajo las reglas del concurso y, por ello, configuró un tipo delictivo con una agravante de tercer grado cuando se mate al sujeto pasivo, sea en el acto de secuestro o en el curso de la privación de libertad. Esta circunstancia se sanciona, dada la gravedad de la conminación penal, a título de dolo, no de culpa o preterintención –la imputación subjetiva, en orden a la muerte del sujeto pasivo, es dolosa–. Y esto es lo que ocurrió con la víctima.

OCTAVO. Que, en cuanto al título de intervención delictiva, es claro, primero, que los tres acusados, previo concierto, por la violencia e intimidación, contra su voluntad, introdujeron al agraviado Huamaní Yllpa al vehículo del encausado López Rivera, donde lo retuvieron; y, segundo, que dentro del automóvil continuaron agrediendo ante la negativa del agraviado Huamaní Yllpa respecto de la tenencia del celular de López Rivera, a consecuencia de lo cual fue atacado en forma ascendente hasta que el imputado MOLLO OSORIO lo mató con la correa del propio agraviado, y como quiera que éste se encontraba impedido de toda resistencia por la presencia y amenaza de los demás coimputados (LÓPEZ RIVERA y SENCIA MAMANI). Siendo así, como se trató de una acción concertada y conjunta no puede sino afirmarse que los tres actuaron como coautores –el que, a final de cuentas, produjese el ahorcamiento y muerte del agraviado, fuera López Rivera, no excluye a los demás del resultado muerte– (la autoría tiene un carácter tan originario como la autoría). Los tres encausados han tenido una competencia

común por la realización del tipo penal de secuestro con la circunstancia agravante de tercer grado de causar la muerte al agraviado; todos ellos han contribuido culpablemente a su realización mediante aportes prohibidos; uno y otro no se limitaron a facilitar la muerte, sino los tres en buena cuenta contribuyeron a su realización [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 751-753].

∞ Es verdad que el Tribunal Superior no realizó un análisis específico de la coautoría, salvo en el caso de SENCIA MAMANI [folios veinticuatro y veinticinco de la sentencia de vista], pero de todo lo expuesto se desprende tal calificación. Esta ausencia de precisiones adicionales, en todo caso, no justifican una anulación del fallo por ser errores de menor nivel que no alteran sus conclusiones, por lo que es de aplicación el artículo 432, numeral 3, del Código Procesal Penal.

NOVENO. Que, en cuanto al juicio de determinación judicial de la pena, –no constan objeciones impugnativas respecto del objeto civil de la sentencia–, es de partir de la pena conminada de cadena perpetua. Y, además, de la presencia de dos causales de disminución de la punibilidad: *(i) minoría relativa de edad* (los imputados tenían entre dieciocho y diecinueve años de edad, lo que fue materia de las correspondientes convenciones probatorias –en tales casos este Tribunal Supremo afirmó como un supuesto necesario de imposición de una pena por debajo del mínimo legal, tanto en el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete, cuanto en la última sentencia casatoria 558-2019/Cusco, de veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno–; y, *(ii) estado de ebriedad de los imputados* –también lo estuvo el agraviado–, según dos convenciones probatorias: duodécima y decimoséptima [vid.: folio cinco de la sentencia de vista] –es cierto que no se precisó el grado de alcohol en sangre en el momento del hecho, pero, por razones de favorabilidad, si se tiene en cuenta la tasa de alcoholemia incorporada en la Ley 27753, promulgada el siete de junio de dos mil dos, es razonable concluir que los imputados se encontraban en el tercer período (entre uno punto cinco y dos punto cinco de alcohol en sangre) dada su excitación, agresividad y pérdida de control, sin que sea posible estimar una ubicación en el cuarto período de exención de responsabilidad penal.

∞ La presencia de ambas causales, que son intrínsecas al delito desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas, obligan a una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito – giro punitivo y nuevo marco legal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2016, pp. 245 y 248]. El Tribunal Superior, según cada concreto accionar de los imputados optó por penas diferentes: veinticinco años para MOLLO OSORIO, veintitrés años para LÓPEZ RIVERA y veinte años para SENCIA MAMANI. Tal diferenciación, desde luego, no es ilegal; y, como no es posible imponer una pena menor dada la gravedad del hecho cometido, la forma y circunstancias en que se ejecutó y la



culpabilidad por su perpetración, no es de recibo rebajar aún más la pena impuesta.

DÉCIMO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 504, apartado 2, del Código Procesal Penal. Como son tres los recurrentes rige el artículo 505, numeral 2, del citado Código, deben pagar las costas equitativamente y en partes iguales, sin perjuicio de la solidaridad.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. declararon INFUNDADO** los recursos de casación por inobservancia de precepto constitucional (debido proceso y defensa procesal), infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación interpuestos por la defensa de los encausados YORDI LÓPEZ RIVERA, LUIS ENRIQUE MOLLO OSORIO y EVER LUIS SENCIA MAMANI contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setenta, de tres de mayo de dos mil diecinueve, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas trescientos tres, de veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, los condenó como autores del delito de secuestro con subsiguiente muerte en agravio de Junior Joel Huamaní Yllpa e impuso a Mollo Osorio veinticinco años de pena privativa de libertad, a López Rivera veintitrés años de pena privativa de libertad y a Sencia Mamani veinte años de pena privativa de libertad, así como al pago mancomunado de la suma de sesenta mil soles –que cada condenado abonará en razón a veinte mil soles– por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista. **II. CONDENARON** a los tres recurrentes YORDI LÓPEZ RIVERA, LUIS ENRIQUE MOLLO OSORIO y EVER LUIS SENCIA MAMANI al pago solidario y en partes iguales de las costas procesales, que fijará el Secretario del Juzgado de Investigación Preparatoria competente. **III. DISPUSIERON** se lea esta sentencia casatoria en audiencia pública y se notifique inmediatamente; registrándose. Asimismo, se publique en la página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales que se personaron en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/EGOT