



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 516-2018
LIMA**

**La prueba del elemento subjetivo en la
determinación de la responsabilidad**

Sumilla. Para determinar el dolo debe tomarse en cuenta el hecho de que para el autor el resultado sea consecuencia esperable de la acción y ello ocurre cuando el agente le asigna a la producción del resultado cierto grado de probabilidad.

Lima, tres de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: los recursos de nulidad formulados por el señor fiscal superior (folios mil ciento veinte a mil ciento veinticuatro) y la defensa técnica de la procesada doña Cynthia Gisella Mogollón Yujcre (folios mil ciento once a mil ciento diecisiete y mil ciento veintisiete a mil ciento treinta y cuatro), con los recaudos adjuntos.

Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

OÍDO: el informe oral.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia del veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete (folios mil ochenta y siete a mil ciento siete), emitida por los señores jueces de la Primera Sala Penal con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, en que condenaron a doña Cynthia Gisella Mogollón Yujcre, como autora de los delitos de parricidio en grado de tentativa, en perjuicio de don Henry Joel Córdova Tamaris; y homicidio calificado por la condición de la víctima, en grado de tentativa, en perjuicio de don Walter Melitón Astucuri Rojas, y le impusieron quince años de pena privativa de libertad, y fijaron en mil y cuatro mil soles los montos que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de los agraviados don Henry Joel Córdova Tamaris y don Walter Melitón Astucuri Rojas, respectivamente.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

2.1. La defensa técnica de la procesada solicitó la reducción de la dimensión de la pena, en mérito a que la Sala Superior la sancionó drásticamente sin considerar que en el caso concurren circunstancias de atenuación de la pena, como que presentaba personalidad inestable y episodios depresivos en tratamiento, que de haber sido consideradas hubiesen aminorado la sanción.

2.2. El señor fiscal superior solicitó el incremento de la pena hasta treinta y cinco años, puesto que se presentó concurso real de delitos, y las penas para los delitos de parricidio y homicidio calificado por condición de la víctima, eran no menor de quince, y no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco, respectivamente.

3. SINOPSIS FÁCTICA DE LA IMPUTACIÓN

De conformidad con la acusación fiscal y requisitoria oral, se atribuyeron a la encausada los delitos de parricidio, en grado de tentativa, y homicidio calificado a miembro de la Policía Nacional en grado de tentativa.

El ocho de diciembre de dos mil dieciséis, aproximadamente a las diecinueve horas, luego de haber hecho compras para su menor hija, en compañía del agraviado don Henry Joel Córdova Tamaris (exconviviente), llegaron hasta el domicilio del último de los nombrados ubicado en el jirón Cusco número seiscientos veintisiete, en el distrito de Magdalena del Mar, allí se enfrascaron en forcejeos para quedarse con la menor, fue así que la procesada lo apuñaló por la espalda (hemitórax)¹ y luego en el hombro. Los vecinos auxiliaron al agraviado y sacaron de la casa a la procesada.

Después, la encausada se dirigió a su domicilio y, luego de unos minutos, volvió al inmueble de la víctima (en compañía de un familiar) con la finalidad de recuperar a la menor. Los vecinos le dijeron que esta había sido llevada a la comisaría; fue así que se constituyó a la delegación policial de Magdalena a las veinte horas con veinticinco minutos, aproximadamente, con el objetivo de denunciar al agraviado, pero fue atendida por el suboficial de la Policía Nacional don Walter Melitón Astucuri Rojas (segundo agraviado), quien le dijo que momentos antes había sido denunciada por su exconviviente.

La procesada le reclamó airadamente la entrega de su menor hija, pero el efectivo se negó y la invitó a ingresar a un ambiente de la delegación, con la finalidad de que reconozca a la menor; cuando caminaban hacia la oficina (él delante y ella atrás) la acusada lo atacó con el cuchillo a la altura de la región subescapular izquierda².

¹ De lo vertido en el Certificado Médico Legal número sesenta y dos mil novecientos treinta-VFL, del ocho de diciembre de dos mil dieciséis, se evidencia que presentó herida cortante de cuatro por cero punto dos lineal, de bordes regulares, oblicua posterior (ver folio treinta y cuatro). Mientras que el Certificado Médico Legal de folios doscientos nueve, se consignó que merecía tres días de atención facultativa por diez de incapacidad médico legal.

² En el Informe médico se precisó que la víctima presentó lesión contuso cortante de dos coma cinco centímetros con cero como cinco centímetros de profundidad en subregión

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante Dictamen N.º 544-2018-MP-FN-2FSP (folios cuarenta y ocho a cincuenta y nueve del cuadernillo formado en esta instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar haber nulidad en la recurrida que la condena como autora de los delitos de parricidio en grado de tentativa, en perjuicio de don Henry Joel Córdova Tamaris, y homicidio calificado por la condición de la víctima, en grado de tentativa, en perjuicio de don Walter Melitón Astucuri Rojas; y, reformándola, se le condene por el delito de lesiones leves agravadas, previsto en el artículo ciento veintidós, inciso tres, apartados a y d, del CP; por cuanto, en ambos supuestos, primero acuchilló por la espalda, en dos oportunidades, a su exconviviente, para impedir que le arrebate a su menor hija; de ello se desprende que la conducta carecía de ánimo de matar o *necandi*³; por el contrario, se apreció la intención desmesurada de recuperar a la menor a través de lesiones físicas que no llegan a configurar el dolo de matar sino de lesionar⁴; segundo, acuchilló al efectivo policial con la intensidad que le permitiera recuperar a su menor hija mas no causar la muerte. Así, respecto a la pena considera que deberían imponérsele seis años de privación de la libertad (tres años por cada ilícito).

CONSIDERANDO

PRIMERO. ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según la imputación penal, el hecho ocurrió el ocho de diciembre de dos mil dieciséis, y en atención a la pena conminada para el delito materia de acusación fiscal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante SN)

2.1. En el artículo veintiuno del Código Penal (en adelante CP) se precisa que, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

2.2. En primer párrafo del artículo ciento siete del CP, se reprime al que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a

escapular izquierda (ver el folio doscientos ocho). En el certificado médico legal se concluyó que las lesiones requerían dos días de atención facultativa por siete de incapacidad médico legal.

³ Es decir, perseguir el resultado de causar la muerte a la víctima.

⁴ Tal como se aprecia en las diversas versiones de la procesada.

una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años; mientras que en el tercer párrafo, se precisa que en caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso cinco del artículo treinta y seis del CP.

2.3. En el artículo ciento ocho-A del CP, se sanciona al que mate a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años ni mayor de treinta y cinco años de privación de la libertad.

2.4. En el artículo ciento veintidós del CP se sanciona a quien cause a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requieran más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años (inciso uno); mientras que la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si la víctima (inciso tres) es miembro de la Policía Nacional del Perú y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas.

2.5. En el fundamento siete, del Acuerdo Plenario número cero cuatro guion dos mil nueve/116-CJ, del trece de noviembre de dos mil nueve (emitido por las salas penales supremas), se precisó:

Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación". El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente: A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito –límites mínimo y máximo o pena básica– sobre la base de la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión –pena concreta parcial–. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar, para ello, en principio de la misma forma, como si cada hecho debiera enjuiciarse solo. B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación. En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá reducirse hasta el límite

correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50 CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Esta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

2.6. En la Resolución Administrativa número doscientos setenta guion dos mil ocho guion CE guion PJ, del catorce de octubre de dos mil ocho, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se aprobó la Directiva número doce guion dos mil ocho guion CE guion PJ, referida al “Registro y control biométrico de procesados y sentenciados libres”.

TERCERO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. Las partes recurrieron el extremo de la pena impuesta, por lo que corresponde a esta Suprema Sala Penal pronunciarse respecto de tales agravios.

RESPECTO AL DOLO DE MATAR EN EL ACTUAR DELICTIVO

3.2. De autos, se observa que:

3.2.1. La procesada y el agraviado Córdova Tamaris se enfrascaron en forcejeos para quedarse con la menor hija de ambos, en esas circunstancias la procesada lo apuñaló por la espalda, con lo que le causó lesiones a la altura del hemitórax derecho y en el hombro derecho, con un cuchillo de cocina. Estas lesiones hicieron que merezca tres días de atención facultativa por diez de incapacidad médico legal, sin que se aprecie que hayan comprometido órganos vitales.

Luego, se dirigió a su domicilio después de unos minutos volvió al inmueble de la víctima (en compañía de un familiar) con la finalidad de recuperar a la menor. Los vecinos le dijeron que esta había sido llevada a la comisaría.

3.2.2. Se constituyó a la delegación policial con el objetivo de denunciar al agraviado y poder recuperar a su hija; allí fue atendida por el suboficial de la Policía Nacional Astucuri Rojas, quien le informó que momentos antes había sido denunciada por su exconviviente. Esto generó la ira y frustración de la procesada quien le reclamó airadamente la entrega de su menor hija, pero el efectivo se negó y la

invitó a ingresar a uno de los ambientes de la delegación con la finalidad de que reconozca a la menor. Cuando caminaban hacia la oficina (él delante y ella atrás) la encausada atacó con el cuchillo a la altura de la región subescapular izquierda, con el mismo cuchillo de cocina con que cometió la primera agresión, lo que le causó al agente una lesión contuso cortante de dos coma cinco centímetros con cero coma cinco centímetros de profundidad en la subregión escapular izquierda. En el certificado médico legal se concluyó que las lesiones requerían dos días de atención facultativa por siete de incapacidad médico legal.

3.3. Al igual que los partidarios de la clásica teoría de la probabilidad, English sostiene que⁵ para determinar el dolo debe tomarse en cuenta el hecho de que para el autor el resultado sea consecuencia esperable de la acción y ello ocurre cuando el agente le asigna a la producción del resultado cierto grado de probabilidad, lo que en el presente caso no ocurrió.

3.4. De la lectura de los certificados médicos legales practicados a los agraviados se advierte que las lesiones no fueron profundas sino de entre cero coma dos a tres centímetros de profundidad y en zonas que no comprometían órganos vitales, a pesar de que contó con un cuchillo de cocina de veintidós centímetros de largo por dos centímetros de ancho⁶, de haber el ánimo de matar tuvo la opción de acuchillar en los pulmones, los riñones o el cuello u otras zonas que comprometieran la vida, por lo que, según las máximas de la experiencia, la acusada no buscaba causar la muerte del herido.

3.5. Ragues i Valles⁷, señala que existen conductas especialmente aptas para producir un resultado lesivo; precisa que la razón de ser se justifica apelando al hecho de que en sociedad no se considera posible que alguien que lleva a cabo una conducta valorada socialmente como indelible de la creación de determinados riesgos pueda dejar de

⁵ Parafraseado por Pérez Barberá, Gabriel. En: *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2011, p. 233, precisa que el juicio subjetivo de probabilidad realizado por el autor sobre la producción del resultado es, en definitiva, lo decisivo.

⁶ Ver Acta de incautación de arma blanca, de folio veintiocho.

⁷ Valles i Ragues. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Editorial J. M. Bosch, 1999, pp. 469-470.

representarse su evidentísima aptitud lesiva en el concreto momento de actuar⁸.

3.6. Respecto a Córdova Tamaris, se observa que antes del hecho fue denunciado en varias oportunidades por la procesada por maltrato físico y psicológico⁹. Mientras que a Astucuri Rojas, lo lesionó debido a que se encontraba alterada emocionalmente.

3.7. Es preciso advertir que los problemas familiares por los que atravesaba la procesada quedaron reflejados en las conclusiones vertidas en los informes psicológico número cero ochenta y seis-dos mil dieciséis/MIMP del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis, en donde se describe que presentó afectación emocional compatible con violación familiar, lo que conllevó a que presentase estado depresivo¹⁰; y el social número cuarenta y cuatro guion dos mil dieciséis-MIMP del veintiocho de setiembre dos mil dieciséis, en donde se sugirió la prohibición de acercamiento del agresor, debido a los constantes maltratos físicos sufridos¹¹; ambos exámenes fueron realizados por los especialistas del Centro de Emergencia Mujer del distrito de San Miguel dos meses antes de los hechos. Finalmente, se le practicó el Examen Siquiátrico número cincuenta y cuatro mil ochenta y siete-dos mil diecisiete-EP-EP, el nueve de noviembre de dos mil diecisiete, el cual concluyó que presentaba personalidad emocionalmente inestable, episodio depresivo en tratamiento y se descartó sicopatología de sicosis.

⁸ Pone como ejemplo: el clavar a otra persona un cuchillo en el abdomen es una conducta que, en el ámbito de las valoraciones sociales, va ligada de modo inequívoco al resultado muerte y se considera, por tanto, un comportamiento especialmente apto para producir tal resultado. Si, como es este el caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (conocimiento situacional) y sabe que tal conducta es, en general, peligrosa para producir una muerte (conocimientos mínimos en sentido estricto), también sabe por fuerza que la conducta es apta, en aquella concreta situación, para producir un resultado de muerte. Hace mención a la sentencia del TSE del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y uno: "La experiencia común de un adulto es que cuchilladas en el abdomen perforan peritoneo, intestinos o arterias mesentéricas, por lo que puede ser mortal o cuando el autor ha empleado un arma de fuego y la ha disparado hacia un lugar del cuerpo de carácter vital, el dolo en tanto que conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado generado por la acción, resulta indiscutible".

⁹ Ver los folios cuatrocientos cuarenta y cinco a cuatrocientos cuarenta y nueve.

¹⁰ Ver los folios cuatrocientos cincuenta y uno a cuatrocientos cincuenta y tres.

¹¹ Ver los folios cuatrocientos cincuenta y cuatro a cuatrocientos cincuenta y cinco.

3.8. En consecuencia, el estado emocional por el cual atravesaba la encausada, sumado a la posibilidad de ser separada de su menor hija confluyó para que reaccionara de tal manera.

EN CUANTO A LA DESVINCULACIÓN

3.9. El señor fiscal superior la acusó por los delitos de parricidio y homicidio calificado por condición de la víctima, ambos en grado de tentativa.

3.10. El verbo rector en ambos tipos penales es matar o tener el ánimo de matar; sin embargo, de lo antes descrito se deduce que la procesada no obró con tal ánimo, lo cual se deduce de la poca trascendencia de las lesiones causadas con el cuchillo de veinte centímetros.

3.11. Por lo tanto, este Supremo Tribunal concluye que los hechos se enmarcaron en el primer y tercer párrafos, inciso a, del artículo ciento veintidós, del CP (ver SN 2.5.), puesto que con dicha norma se sanciona a quien cause a otro lesiones en el cuerpo o en la salud, y cuando la víctima sea parte de la Policía Nacional del Perú y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas¹².

RESPECTO A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA

3.12. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige el esquema operativo siguiente: A. Identificación de una pena básica, dos años (primer párrafo del artículo ciento veintidós, del CP) y tres años (tercer párrafo a, del artículo antes mencionado). El segundo paso consiste en atender las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, por lo que en atención a una circunstancia parcial y no una eximente de responsabilidad este Supremo Tribunal considera legal disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal¹³.

3.13. Según Castillo Alva la discrecionalidad, puede ser enfocada desde las perspectivas: estructural, textual y estratégica. Desde el punto de vista estructural, existe discrecionalidad cuando en un supuesto de hecho la norma jurídica; no prescribe una determinada consecuencia jurídica,

¹² El tipo penal no inhabilita para el ejercicio de la patria potestad.

¹³ Para disminuir la pena sin traspasar la barrera de lo arbitrario es preciso que la discrecionalidad sea compatible con la interdicción de la arbitrariedad en la medida en que los actos y decisiones se realicen con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad.

desde lo textual, cuando la disposición normativa utiliza expresiones o fórmulas como “podrá”, que reflejan la amplia facultad de elección; y, desde lo estratégico, en aquellos casos en los que las normas establecen y fijan determinados fines, pero no especifican los medios para alcanzarlos¹⁴.

3.14. Este Colegiado Supremo, considera que al solo existir una atenuante genérica (carencia de antecedentes penales) más no algún agravante, corresponde encuadrar la pena en el extremo mínimo del tercio inferior de ambos hechos; es decir, en dos y tres años de privación de la libertad. A estas penas concretas parciales se les disminuirá prudencialmente la pena por debajo del mínimo legal y, luego, se sumarán.

RESPECTO A LA PENA DE INHABILITACIÓN IMPUESTA

3.15. No corresponde a ninguno de los tipos resultantes la imposición de inhabilitación y menos aún para el ejercicio de la patria potestad, por lo que cabe honrar el principio de legalidad.

DECISIÓN

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

I. HABER NULIDAD en la sentencia del veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por los señores jueces de la Primera Sala Penal con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, en que condenaron a doña Cynthia Gisella Mogollón Yujcre como autora de los delitos de parricidio en grado de tentativa, en perjuicio de don Henry Joel Córdova Tamaris; y homicidio calificado por la condición de la víctima, en grado de tentativa, en perjuicio de don Walter Melitón Astucuri Rojas; y, **REFORMÁNDOLA**, recondujeron los hechos al delito de lesiones leves (inciso uno, del artículo ciento veintidós, del CP) y lesiones leves agravadas cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional (inciso tres a, del artículo ciento veintidós, del CP), respectivamente.

II. HABER NULIDAD en quince años de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLA** le impusieron cuatro años, suspendidos en su ejecución

¹⁴ Castillo Alva, José Luis. *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*. Lima: Editorial Grijley, 2013, pp. 65-68.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 516-2018
LIMA**

por el periodo de tres años (un año y seis meses por el delito de lesiones leves en perjuicio de don don Henry Joel Córdova Tamaris; y dos años y seis meses por el delito de lesiones leves agravadas, por ser miembro de la Policía Nacional, en perjuicio de don Walter Melitón Astucuri Rojas).

III. IMPONER las siguientes reglas de conducta descritas en el artículo cincuenta y ocho del CP: 1. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez (inciso dos). 2. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades y registrar su firma en el libro respectivo (inciso tres); sin perjuicio de realizar el control biométrico (ver SN 2.6.). 3. Se someterá a un tratamiento psicológico o psiquiátrico para el control de su depresión (inciso nueve) y deberá dar cuenta de los avances del tratamiento.

IV. ORDENAR su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente.

V. DISPONER que se oficie, con tal fin, vía fax, a la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima.

VI. Declarar NULA la pena de inhabilitación por el plazo de siete años (de conformidad con el numeral cinco, del artículo treinta y seis, del CP).

VII. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene. Hágase saber.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

JS/marg