

CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Sumilla. El concurso ideal de delitos es la confluencia de dos o más infracciones de varios dispositivos legales ocasionados por una sola acción de la persona; y pueden ser de dos clases, heterogéneo u homogéneo. El primero se presenta cuando con una acción se realizan varios delitos; y la segunda, cuando el mismo tipo legal resulta aplicable varias veces a la misma acción. En el caso concreto una misma acción infringió tres dispositivos legales, por lo que se configuró el concurso ideal heterogéneo.

Lima, siete de mayo de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **JAVIER URBANO SALDÍVAR CORNEJO**, contra la sentencia del diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete (foja 542), emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en las siguientes modalidades: **i)** tentativa de asesinato por alevosía, en perjuicio de César Wilfredo Hernández Perca; **ii)** homicidio simple, en perjuicio del menor con las iniciales J. F. M. C; y **iii)** lesiones graves, en perjuicio de Edwin Junior Macedo Aliaga, y como tal se le impuso treinta y cinco años de pena privativa de libertad; y el pago de cuarenta mil soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar a favor de los herederos legales del menor agraviado, y ocho mil soles a favor de Hernández Perca y Macedo Aliaga. De conformidad en parte con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

AGRAVIOS QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

PRIMERO. La defensa del condenado Saldívar Cornejo, en su recurso de nulidad (foja 576), solicitó se declare nula la sentencia emitida por la Sala

Superior mencionada y se emita una sanción de acuerdo a derecho, con base en los siguientes agravios:

1.1. La intención de su patrocinado fue la de amedrentar con su arma de fuego a César Wilfredo Hernández Perca y no de atacar contra su vida ni de matar al menor agraviado con las iniciales J. F. M. C, lo que fue corroborado con las declaraciones de los testigos, y el dictamen pericial balístico. Por lo que, su conducta debe ser considerada como homicidio culposo.

1.2. Existe una contradicción en la declaración de la testigo Brigitte Rosario Cervantes Laverian (madre del menor), quien en un primer momento sostuvo solo haber escuchado el disparo y, posteriormente, indicó que sí apreció a la persona que los realizó.

1.3. No se acreditó que el condenado produjo las lesiones graves a Edwin Junior Macedo Aliaga, pues el médico legista en su certificado médico explicó que son producto de un agente contundente duro, y no por arma de fuego.

1.4. Se sancionó de forma desproporcional al condenarlo por treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

SEGUNDO. Según la acusación fiscal (foja 316), el veinticinco de junio de dos mil trece a las veintitrés horas con cincuenta minutos, Edwin Junior Macedo Aliaga, su esposa e hijo con las iniciales J. F. M. C.; y César Wilfredo Hernández Perca, se encontraban cerca de un negocio de comida rápida, ubicado a las afueras del inmueble de manzana A, lote 01, del jirón Baño de Otero, distrito del Rímac. En dichas circunstancias, el acusado Javier Urbano Saldívar Cornejo llegó al mencionado local y

sostuvo una discusión con Hernández Perca, quien luego de insultarlo y con pleno conocimiento que el lugar se encontraba concurrido por una pluralidad de clientes y familiares de la propietaria, sacó su arma de fuego y realizó contra este un total de cinco disparos, uno de los cuales impactó en el pecho del menor identificado con las iniciales J. F. M. C., perforándole los pulmones y ocasionándole la muerte, mientras que otro de los disparos rozó el muslo izquierdo de su padre, el agraviado Edwin Junior Macedo Aliaga.

TERCERO. El fiscal superior formuló acusación contra el acusado Javier Urbano Saldívar Cornejo, por los siguientes delitos: **i)** tentativa de asesinato, en perjuicio de César Wilfredo Hernández Perca y Edwin Junior Macedo Aliaga, **ii)** asesinato consumado, en perjuicio del menor identificado con las iniciales J. F. M. C.; y **iii)** fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos, en perjuicio del Estado. En la sesión doce del juicio oral, solicitó la adecuación de la causa contra el citado Saldívar Cornejo, como autor de los delitos de tentativa de asesinato por alevosía, en perjuicio de Hernández Perca; homicidio simple consumado, en perjuicio del citado menor; y tentativa de homicidio simple, en perjuicio de Macedo Aliaga.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LA SALA SUPERIOR

CUARTO. Los jueces de la Sala Superior, declararon como hechos probados, los siguientes:

4.1. El veinticinco de junio de dos mil trece, en horas de la noche, en las afueras del inmueble ubicado en la manzana A, lote 1, jirón Baño de Otero, urbanización Huerta Guinea, distrito de Rímac, se encontraron presentes, el sentenciado Javier Urbano Saldívar Cornejo, los agraviados César Wilfredo Hernández Perca, Edwin Junior Macedo Aliaga, Brigitte

Rosario Cervantes Laverian, y el menor identificado con las iniciales J. F. M. C.

4.2. En dicho lugar se produjo un altercado entre el sentenciado y el agraviado Hernández Perca; por lo que, el primero extrajo su arma de fuego, la que compró de manera clandestina, y realizó varios disparos, que impactaron en el menor y en las paredes del inmueble. El Dictamen Pericial Investigación Criminalística N.º 661/2013-AIEC (foja 74) concluyó que en el frontis del referido inmueble, se observaron dos orificios de entrada y salida compatibles con los ocasionados por proyectil de arma de fuego, en una maquina tragamonedas para niños. Asimismo, tres impactos en la cara inferior del alero y un impacto en la externa del dintel del inmueble, compatibles con los ocasionados por proyectil de arma de fuego.

4.3. A consecuencia **del impacto de bala** falleció el menor. Así lo acreditó el acta de levantamiento de cadáver (foja 68), certificado de necropsia (foja 93), y el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal N.º 002100-2013 (foja 96), en el que se consignó como diagnóstico de muerte "Hemorragia interna. Traumatismo torácico. 1. Herida perforante en tórax", y como agente causante, proyectil de arma de fuego.

4.4. El agraviado Macedo Aliaga sufrió un roce de un proyectil en el muslo, conforme lo registrado en el reconocimiento médico legal (foja 167).

QUINTO. La Sala Superior luego de la valoración de las pruebas concluyó que el sentenciado Saldívar Cornejo, realizó disparos contra el agraviado Hernández Perca, con la finalidad de causarle la muerte, sin embargo por circunstancias ajenas a su objetivo central, una de las balas impactó en el menor causándole la muerte. Determinó que el

sentenciado Saldívar Cornejo eliminó las posibilidades de defensa de Hernández Perca, lo que llevó como consecuencia inseparable la inexistencia del riesgo para el atacante, que pudiera proceder del comportamiento defensivo de la víctima, requisito indispensable para la configuración de tentativa del delito de asesinato por alevosía.

En cuanto al menor, su actuar fue doloso; por lo que, se configuró el delito de homicidio simple. Con relación al agraviado Macedo Aliaga, padre del menor, el accionar del sentenciado configuró el delito de lesiones graves.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

SEXTO. El principio de presunción de inocencia, consagrado en el literal e, inciso 24, artículo 2, de la Constitución Política prescribe que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad¹.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia, sus dimensiones en el proceso penal, son las de principio y como regla: de tratamiento, probatoria y de juicio. En principio, como regla probatoria, exige la actuación de Suficiente prueba de cargo directa o indiciaria sobre la existencia del hecho y la intervención del acusado. Y como regla de juicio, que si luego de la valoración de la prueba, el juzgador no llega a la certeza sobre la culpabilidad del acusado debe declarar su inocencia.

SÉTIMO. La defensa del sentenciado cuestionó la sentencia condenatoria. En ese aspecto, corresponde a este Supremo Tribunal evaluar el recurso de nulidad (foja 576) y dar respuesta solo a los agravios

¹ Una disposición de desarrollo del mandato constitucional, se encuentra en el artículo II, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, que precisa de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, para desvirtuar este principio-derecho fundamental. Y que en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

que se expuso en el mismo, pues conforme con el principio de congruencia recursal el pronunciamiento de esta instancia revisora se encuentra delimitada por las cuestiones que le sean sometidas por las partes en el recurso escrito que fue admitido (se resuelve lo que se impugna o *tantum devolutum quantum appellatum*), salvo que se adviertan vicios absolutos o sustanciales².

OCTAVO. Como quiera que la defensa del sentenciado Saldívar Cornejo, postuló que tuvo la intención de amedrentar con su arma de fuego al César Wilfredo Hernández Perca y no de atacar contra su vida, menos la de acabar con la vida del menor agraviado, se considera que en la imputación subjetiva de los delitos imprudentes se evalúa si el peligro causado pudo ser conocido por el sujeto. Para ello, se indaga sobre la cognoscibilidad y la previsibilidad. El núcleo de la imprudencia subjetiva se ubica en la cognoscibilidad, que es la exigibilidad del conocimiento del peligro. Este conocimiento se determinará atendiendo a las circunstancias objetivas concurrentes, conocimientos actuales y previos y a la capacidad del autor.

Se diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente; sin embargo, el Código Penal (CP) no establece diferencias para efectos de punibilidad. En la culpa consciente o culpa con representación; el sujeto reconoce el peligro de su acción, pero confía en que no dará lugar el resultado lesivo. El sujeto tiene conciencia de que el resultado típico puede sobrevenir de la creación del peligro que ha generado³.

NOVENO. Ahora bien, en respuesta al agravio de la defensa de Saldívar Cornejo, consistente en que solo tuvo la intención de asustar con su

² Recurso de Nulidad N.º 2591-2017, del 6 de julio de 2018, fj. 2.2, emitido por este Supremo Tribunal

³ Villavicencio Terrenos, Felipe. *Derecho penal básico*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017, p. 88.

arma de fuego al agraviado Hernández Perca, este Supremo Tribunal comparte la valoración probatoria efectuada por la Sala Superior, quien para concluir por su responsabilidad, estimó además de las pruebas mencionadas, las siguientes:

9.1. La manifestación policial del agraviado Edwin Junior Macedo Aliaga (foja 44), padre del menor, quien en presencia del fiscal sostuvo que el día de los hechos se encontraba con su hijo jugando, y a una distancia de un metro estaban los conocidos como Hernández Perca y Saldívar Cornejo, quienes discutían, instantes en que el segundo sacó un arma de fuego y disparó contra el primero; versión que fue ratificada en juicio oral (foja 463).

9.2. La declaración en juicio oral del agraviado César Wilfredo Hernández Perca (foja 414) quien, señaló que el día en mención, el sentenciado Saldívar Cornejo, tenía algo en la mano, giró donde estaba y tiró del gatillo. Le disparó como cuatro o cinco veces, desde el frontis de la casa de la dueña del local en que se encontraba.

9.3. El Dictamen Pericial Investigación Criminalística N.º 661/2013-AIEC (foja 74), en el que se concluyó que se observaron en el lugar de los hechos, dos orificios de entrada y salida, en una máquina tragamonedas. Asimismo, tres impactos en el dintel del inmueble.

En este caso, es correcta la tipificación propuesta por el fiscal superior y aceptada por la Sala Superior, toda vez que el sentenciado de manera sorpresiva hizo uso del arma de fuego, se aprovechó de la indefensión del agraviado –quien no advirtió el riesgo contra su vida–, y le efectuó varios disparos directos, con el conocimiento del peligro concreto de

intentar producirle la muerte. En consecuencia, lo alegado por la defensa carece de sustento.

DÉCIMO. Respecto al agravio referido a que no tuvo la intención de causarle la muerte al menor identificado con las iniciales J. F. M. C.; por lo que, su conducta debe ser considerada como homicidio culposo, como se ha indicado, el sentenciado fue condenado por este hecho como autor del delito de homicidio simple (el artículo 106 del Código Penal). De los hechos acreditados, se tiene que la conducta del sentenciado fue la de disparar contra el agraviado Hernández Perca, y no la intención de causarle la muerte al menor. No obstante, tuvo conocimiento de que el resultado podría sobrevenir de la creación del peligro que generó al realizar disparos en un local concurrido donde había como siete u ocho personas, tal como sostuvo en juicio oral el agraviado Hernández Perca (foja 414). En consecuencia, su conducta configura el delito de homicidio culposo, pues se puede apreciar la culpa consciente del condenado, respecto del menor agraviado.

DECIMOPRIMERO. En lo que concierne a la lesión causada al agraviado, Macedo Aliaga fue condenado como autor de lesiones graves, agraviado que en la sesión de juicio oral del veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete (foja 463), señaló que el día de los hechos, una de las balas le rozó en la pierna y fue al médico legista. Su versión se encuentra corroborada con el certificado médico legal que se le practicó el veintiocho de junio del citado año, en la cual se indicó que presentaba excoriación por fricción en Estado de costrificación en el muslo izquierdo tercio medio cara interna, por un agente contundente duro; y concluyó que presentaba huellas de lesiones traumáticas recientes, por lo que amerita atención facultativa de un día e incapacidad médico legal de tres días (foja 167).

Por este hecho fue condenado por el delito de lesiones graves. Sin embargo, la conducta del sentenciado fue desplegada con conocimiento de que el resultado podría sobrevenir de la creación del peligro que generó al realizar disparos en un local concurrido, al igual que ocurrió con el menor identificado con las iniciales J. F. M. C. En consecuencia, su conducta configura el delito de lesiones culposas, pues se puede apreciar la culpa consciente del condenado Saldívar Cornejo.

DECIMOSEGUNDO. Ahora bien, como la Sala Superior condenó a Saldívar Cornejo, como autor del delito de homicidio simple, en agravio del menor con las iniciales J. F. M. C., y por el delito de lesiones graves en perjuicio de Macedo Aliaga, este Supremo Tribunal con base en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116⁴, se desvincula de la calificación jurídica señalada en la sentencia. En ese sentido, el hecho objeto de imputación en agravio del citado menor, se subsume al tipo penal de homicidio culposo, regulado en el primer párrafo, artículo 111, del CP; y el hecho objeto de imputación en agravio de Macedo Aliaga, se subsume en el tipo penal de lesiones culposas, regulado en el último párrafo, artículo 124, del CP, por haber sido causadas con arma de fuego.

DECIMOTERCERO. Respecto a la determinación judicial de la pena, se advierte que la Sala Superior consideró que al haber efectuado el sentenciado con un mismo hecho diversas consecuencias, es de aplicación el artículo 48 del CP que regula el concurso ideal de delitos, en cuyo caso la pena se incrementa hasta en una cuarta parte, sin que

⁴ De 16 de noviembre de 2007. Asunto: *Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.*

en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. También consideró, que le corresponde la pena por el delito de mayor gravedad, esto es, el asesinato por alevosía, que se sanciona con una pena no menor de quince años, por tanto, de conformidad con el artículo 29 del CP, la pena mayor es la de treinta y cinco años.

En atención a la forma en que ocurrieron los hechos, fijó la pena básica en veinte años, dado que registra antecedentes penales (foja 223), pues fue sentenciado con ocho años de pena privativa de libertad efectiva, la que cumplió el seis de marzo de dos mil trece, e incurrió en un nuevo delito el veinticinco de junio de dos mil trece, dentro de los cinco años, por lo que tiene la calidad de reincidente, y le impuso pena privativa de libertad de treinta y cinco años.

Determinación judicial de la pena, que estimamos correcta, pues se trata de hechos que pusieron en peligro la vida de dos personas y afectó la vida del menor con las iniciales J. F. M. C, y además puso en riesgo la vida de otras personas que se encontraban en el lugar de los hechos, aunado a su condición de reincidente. Por tanto, la pena impuesta debe ser confirmada.

DECIMOCUARTO. En lo que concierne a la reparación civil, el artículo 93 del CP, dispone que ella comprende: **a)** la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y **b)** la indemnización de los daños y perjuicios. Este concepto debe ser fijado al considerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para ello debe guardar correspondencia con el daño ocasionado a la agraviada.

En este caso, el fiscal superior solicitó el pago por concepto de reparación civil de cuarenta mil, a favor del menor agraviado identificado con las iniciales J. F. M. C. y, de ocho mil soles, a favor de César Hernández Perca y Macedo Aliaga. La Sala Superior en atención a que el sentenciado afectó la vida del menor, y el desarrollo y proyecto de vida de los otros dos agraviados, fijó la reparación civil en los mismos términos solicitados.

Al respecto, este Supremo Tribunal considera que la suma establecida debe ser confirmada, ya que el único impugnante fue el sentenciado y por el principio de interdicción de reforma en peor, dicha suma no puede ser elevada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que condenó a Javier Urbano Saldívar Cornejo, como autor de tentativa del delito de asesinato por alevosía, en agravio de César Wilfredo Hernández Perca.

II. HABER NULIDAD en la sentencia, en el extremo que lo condenó como autor del delito de homicidio simple en agravio del menor con las iniciales J. F. M. C.; **RECONDUJERON** este tipo penal al delito de **homicidio culposos** en agravio del mencionado menor.

III. HABER NULIDAD en la sentencia, en el extremo que lo condenó como autor del delito de lesiones graves en agravio de Edwin Junior

Macedo Aliaga; **RECONDUJERON** este tipo penal al delito de **lesiones culposas**, en agravio del citado Macedo Aliaga.

IV. NO HABER NULIDAD en la sentencia en el extremo que le impuso a Javier Urbano Saldívar Cornejo, treinta y cinco años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/hvnt