

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1897-2019/LA LIBERTAD
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título. Ejecución extrajudicial. Condena del absuelto.

Sumilla: 1. El Tribunal Superior, básicamente, se concreta a revisar, en materia probatoria, (i) la racionalidad de la decisión del Juzgado Penal, (ii) el cumplimiento de las garantías de presunción de inocencia y tutela jurisdiccional, (iii) la completitud y racionalidad de la motivación fáctica, y (iv) las formalidades del juicio o de la propia sentencia de primera instancia. Una quiebra del modelo de apelación limitado en beneficio del modelo pleno de apelación en nuestro sistema procesal de apelación es que no solo enjuicia la legalidad o no de la resolución impugnada, sino que examina nuevamente el asunto y, por tanto, la decisión puede ser rescisoria, control negativo y positivo. 2. El Tribunal Superior, a través del recurso de apelación, tiene potestad para valorar autónomamente (i) la prueba documental y documentada (prueba preconstituida, prueba anticipada y prueba por comisión: ex artículo 383 del Código Procesal Penal), (ii) la prueba pericial, y (iii) la prueba complementaria actuada en la audiencia de apelación –que puede incorporar, como opción ampliada, con los límites propios con el “modelo” de apelación asumido (que ingresa dentro de lo que se denomina “configuración legal”), la prueba de declaración de testigos, incluidos los agraviados, y, extensivamente, de los coimputados ajenos a la impugnación (como testigos impropios), que ya declararon en primera instancia: ex artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal–. Por todo ello, es, desde luego, posible modificar el relato de hechos fijados en primera instancia, en tanto en cuanto la nueva valoración de la prueba lo permita, sí y solo si en su formación no intervenga el principio de inmediación y, por ende, además, el principio de contradicción. Es factible condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia. 3. El recurso de casación es un recurso efectivo para controlar una sentencia condenatoria. Cuando se examina el cumplimiento de la garantía de presunción de inocencia, desde el motivo de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal), respecto de la impugnación de una sentencia condenatoria, materia de este caso (artículo 2, numeral 24, literal ‘e’, de la Constitución); y, conforme a su desarrollo legal estipulado en el artículo II, numeral 1, del Título Preliminar del Código Penal, el examen casacional puede versar sobre lo siguiente: A. La motivación debida del juicio de culpabilidad o juicio histórico, conforme a las reglas de la sana crítica racional (ex artículo 158, apartado 1, del Código Procesal), lo que constituye un requisito interno de la sentencia, al punto que la motivación ha de ser, incluso, extra textual, entre la parte informativa de la motivación y los materiales del juicio). B. La presencia de suficiente actividad probatoria de cargo (prueba en sentido material y de carácter inculpatoria a nivel objetivo y subjetivo –del hecho y de la responsabilidad penal del imputado, de todos los elementos esenciales del delito–, si el juicio de culpabilidad está objetivamente justificado, en función a un auténtico vacío probatorio), obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (prueba lícita) –reglas de prueba–. C. El estándar de prueba que excluye la duda y fija un alto nivel de acreditación de la culpabilidad desde el material probatorio disponible, al punto de permitir descartar la hipótesis defensiva y consolidar, con exclusión de aquella la hipótesis acusatoria –la hipótesis que se considere probada debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación–. 4. Está probado que en el marco de una operación policial ilícita se privó de la libertad a los cuatro agraviados y, sin ponerlo a disposición de las autoridades penales correspondientes, a las pocas horas se les mató mediante disparos por arma de fuego. Por ello se está ante un concurso aparente de leyes y entre el homicidio calificado y el secuestro se presenta una relación de consunción o absorción. El principio de valor utilizado es el de absorción que evita el *ne bis in idem* sustancial.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticinco de agosto de dos mil veintiuno

VISTOS: los recursos de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuestos por (i) la señora FISCAL SUPERIOR DE

LA LIBERTAD, (ii) la defensa de quien en vida fue ELIDIO ESPINOZA QUISPE, (iii) la defensa de los encausados JAIRO TRINIDAD MARIÑO REYES, NÉSTOR AGUSTÍN CASTRO RÍOS, JIMY ALBERTO CORTEGANA CUEVA, WILSON DE LA CRUZ CASTAÑEDA, HUGO NOÉ VILLAR CHALÁN y MARCO LUIS QUISPE GONZALES, y (iv) la defensa de JOSÉ ALBERTO MONGE BALTA contra la sentencia de vista de fojas tres mil cincuenta, de dieciséis de setiembre de dos mil diecinueve, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas dos mil cuarenta y uno, de veinte de octubre de dos mil dieciséis, los condenó como autores de la comisión de los delitos de secuestro agravado y homicidio calificado en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza a treinta años de pena privativa de libertad y al pago solidario por cada agraviado de cien 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 conforme a la acusación fiscal (fojas una, de siete de mayo de dos mil dieciocho), subsanada en la misma fecha, validada por la sentencia de segunda instancia, el veintisiete de octubre de dos mil siete, como a las veinte horas, personal policial de la III-DIRTEPOL–La Libertad, inició al denominado “mega operativo”, estructurado y distribuido en cuatro sectores de la siguiente forma: **Zona Norte:** que comprendía las comisarías de Jerusalén, Bellavista y el Milagro; **Zona Sur:** que comprendía las comisarías de Moche, Salaverry y Miramar; **Zona Centro:** que comprendía el Centro cívico de Trujillo, con las comisarías de La Noria y El Alambre; **Zona Este:** que comprendía las comisarías de Florencia de Mora, Alto Trujillo, Nicolás Alcázar, Sánchez Carrión y Radio Patrulla Este.

∞ Este último Sector (**Zona Este**) estuvo al mando del encausado Comandante PNP Elidio Espinoza Quispe, con la intervención de sus coacusados Alférez PNP José Alberto Monge Balta, Suboficial Wilson De la Cruz Castañeda, Suboficial Técnico de Primera PNP Marco Quispe Gonzales, Suboficial Técnico de Tercera PNP Jimy Alberto Cortegana Cueva, Suboficial Técnico de Tercera PNP Jairo Trinidad Mariño Reyes, Suboficial Técnico de Tercera PNP Néstor Castro Ríos, Suboficial Técnico de Primera PNP Hugo Villar Chalán, Suboficial Técnico de Segunda PNP Abel Salazar Ruíz y Suboficial Técnico de Primera PNP Manuel Villanueva Orrego.

∞ Los citados encausados encargados de la Zona Este ejecutaron el operativo en este Sector. Iniciaron su recorrido por la Avenida Sánchez Carrión, a la altura de la cuadra dieciocho, en forma descendente por la cuadra diecisiete. En este trayecto incursionaron en la casa-taller de zapatería, ubicada en la esquina de la referida avenida Sánchez Carrión y Asencio Vergara, de donde se llevaron una motocicleta de color amarillo con azul de placa de rodaje MGR–12778, de propiedad de Nelson Meza Mendoza. Acto seguido, prosiguieron por la misma avenida y a la altura de la cuadra dieciséis intervinieron al agraviado Carlos Iván Mariños Ávila cuando se encontraba a

bordo de la motocicleta de placa de rodaje MD-16480. A este agraviado lo detuvieron e introdujeron, en calidad de detenido, a bordo de uno de los vehículos policiales.

∞ Seguidamente, los citados encausados, conjuntamente con los demás efectivos del contingente policial, incursionaron en el predio signado con el número mil setecientos noventa y nueve, de donde arrestaron al agraviado Carlos Iván Esquivel Mendoza. Con este propósito el personal policial trepó tanto al techo de dicho inmueble como al de los predios aledaños a él, y en forma violenta extrajeron al mencionado agraviado, a quien luego de haberlo reducido lo introdujeron a una camioneta policial. Este hecho fue presenciado por un gran número de vecinos de la zona, muchos de los cuales tienen la condición de testigos y en algunos casos se encuentran con identidad reservada.

∞ Luego de esta captura, el mismo grupo policial se dirigió hacia el pasaje San Luis, cuadra uno, donde sacaron del interior de su inmueble al agraviado Víctor Alexander Enríquez Lozano, bajo el mismo *modus operandi* que el agraviado que le antecedió. Al citado agraviado lo subieron a bordo de un vehículo policial. Del mismo inmueble también se extrajo una motocicleta color rojo, de propiedad del hermano del referido agraviado.

∞ A continuación se dirigieron por la avenida Asencio Vergara, en cuyo trayecto intervinieron al agraviado Ronald Javier Reyes Saavedra, quien al igual que los demás agraviados fue objeto de aprehensión e introducido en un vehículo policial.

∞ En seguida el aludido personal policial, conjuntamente con el restante contingente policial, se dirigió por la mencionada avenida hasta un lugar descampado donde se encuentran los postes de alta tensión del Sector Antenor Orrego – El Porvenir. Allí bajaron del vehículo policial al agraviado Víctor Alexander Enríquez Lozano, a quien luego de presionarlo y en forma violenta exigirle refiera dónde se encuentran ubicadas las armas (cuya tenencia le atribuían), lo llevaron a la altura de las manzanas T y U del mismo Sector Antenor Orrego, al inmueble del señor Víctor Torres –suegro del agraviado Víctor Alexander Enríquez Lozano–, vivienda en la que buscaron las armas de fuego, así como en los predios aledaños, sin resultado positivo, hecho que fue observado por varias personas. Al instante se dirigieron nuevamente al descampado, lugar donde agredieron nuevamente al agraviado Víctor Alexander Enríquez Lozano por haberles mentido sobre las armas.

∞ A la postre los agraviados Esquivel Mendoza, Enríquez Lozano y Reyes Saavedra resultaron muertos y el agraviado Mariños Ávila en estado de coma, el mismo que falleció posteriormente. Todo ello a consecuencia de la ilegal privación de libertad sufrida y al hecho de que se les disparó con proyectiles de arma de fuego a la altura de la cabeza y el tórax. Es de precisar que a las cero horas con veinticinco minutos del día siguiente los agraviados Carlos Iván Esquivel Mendoza, Víctor Alexander Enríquez Lozano y Ronald Reyes Saavedra ingresaron fallecidos al Hospital Belén de la ciudad de Trujillo, mientras que Carlos Iván Mariños Ávila ingresó a dicho nosocomio en estado de coma, quien fue atendido por los médicos de turno, pese a lo cual falleció. Los encausados, para justificar lo sucedido, dieron cuenta de un presunto enfrentamiento que determinó su muerte.

SEGUNDO. Que, en lo relevante, respecto de la tramitación de la causa en primera instancia, es de destacar lo siguiente:

1. La Fiscal Provincial titular de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Trujillo acusó a Eladio Espinoza Quispe, José Monge Balta, Wilson De la Cruz Castañeda, Marco Quispe Gonzales, Jimmy Alberto Cortegana Cueva, Jairo Trinidad Mariño Reyes, Néstor Castro Ríos, Hugo Villar Chalán, Abel Salazar Ruíz y Manuel Wilmer Villanueva Fermín, en calidad de coautores, por la comisión de los delitos de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 108, inciso 3, del Código Penal, y secuestro agravado, previsto y sancionado en el artículo 152, último párrafo, inciso 3, del Código Penal, en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Ronald Javier Reyes Saavedra, Arlos Iban Esquivel Mendoza y Carlos Iván Mariños Ávila, así como por delito de abuso de autoridad en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Ronald Javier Reyes Saavedra, Carlos Iván Esquivel Mendoza, Carlos Iván Mariños Ávila y del Estado – Ministerio del Interior. Solicitó la pena de cadena perpetua y quince mil soles solidarios por concepto de reparación civil.
2. El Juzgado Penal Colegiado, por sentencia de primera instancia de fojas dos mil cuarenta y uno, de veinte de octubre de octubre de dos mil dieciséis, absolvió a todos los acusados por los tres delitos atribuidos en su contra. Los argumentos son:
 - A. En el caso del examen pericial del perito toxicológico forense Humberto Ávalos Cordero, específicamente en el pronunciamiento toxicológico forense 0005-T-2009, que contiene el dictamen pericial 2009002004310, que concluyó que en el polo blanco con celeste de Ronald Javier Reyes Saavedra en el orificio Uno se encontró la presencia de tres elementos (plomo, bario y antimonio) compatible con disparo a corta distancia; y, en el pronunciamiento toxicológico forense 0006-T-2009, que contiene el dictamen pericial 2009002004370, el que concluyó que en la camisa a cuadros color granate de Enríquez Lozano se encontró la presencia de tres elementos compatibles con disparo a corta distancia, el Juzgado, en atención al Acuerdo Plenario 6-2012 no dejó de valorar estas pericias, ello por cuanto si bien el perito señaló que le llegó la muestra sin cadena de custodia, lo cierto es que se ha verificado que ésta si existió pero se había roto, lo cual permitió poder salvar su eficacia con otros medios alternativos para el caso, como son las actas de levantamiento de cadáver realizadas por el Ministerio Público el día de los hechos a los agraviados Enríquez Lozano y Reyes Saavedra, en las cuales se aprecia que en la parte pertinente a la descripción de la ropa que tenía los presuntos agraviados, coinciden mínimamente con algunas características de las prendas examinadas en al menos algunos detalles generales y en el número. Ello significa que no existe certeza sobre el hecho de que las prendas examinadas sean las mismas que las prendas descritas en el levantamiento de cadáver, solo consta una probabilidad, lo que resta valor probatorio a su contenido.
 - B. Situación distinta es la presentada en el examen pericial del perito patólogo forense Hugo Castro Pizarro respecto al dictamen pericial de patología forense

2008004006196 y al pronunciamiento médico forense 01-09, así como en el examen pericial del perito antropológico forense Danny Humpire Molina, respecto a la pericia antropológica forense 648-2008. La médico legista de la división médico legal de Trujillo remitió para análisis y pronunciamiento sin cadena de custodia dos piezas óseas correspondientes a un hueso occipital lado izquierdo y un hueso temporal derecho, pero culmina de manera inexplicable sobre el examen de un hueso parietal en vez del temporal recibido; y, por último, el antropólogo recibió cuatro piezas correspondientes a dos huesos, occipital lado izquierdo y un hueso parietal, respecto de los cuales emitió su pericia. En consecuencia, en lo concerniente a estas dos pericias, patológica y antropológica, el Juzgado no las pudo autenticar con otros medios probatorios alternativos actuados en el juzgamiento porque no se actuaron; además, en el caso de éstas muestras óseas ni siquiera ha existido cadena de custodia como en el caso anterior autenticado. Por otra parte, estas pericias carecen de valor probatorio que acredite disparos o no a corta o larga distancia ya que no se tiene la certeza de que los elementos examinados sean los mismos que los que fueron remitidos desde que, como ya indicó, no corresponde el tipo de hueso y el número de muestras, con lo que se afectó la inalterabilidad de los elementos materiales probatorios.

- C. Las testimoniales actuadas en juicio no han generado credibilidad por cuanto además de existir contradicciones entre ellas, el hecho principal declarado no ha sido corroborado con otros medios de prueba objetivos y de recopilación inmediata al hecho juzgado, vale decir, mínimamente con denuncias, constataciones u otros medios a los que pudieron acceder a través del Ministerio Público, ya que señalaron en muchos casos que también fueron víctimas de presuntas acciones delictivas por parte de los acusados el día de los hechos. Asimismo, existen pruebas que ampararían tanto la tesis del Ministerio Público como la tesis sobre la inocencia de los encausados.
- D. En el plenario se acreditó que los ocho acusados han participado en el operativo y que han realizado disparos con sus armas de fuego oficiales a los agraviados, de los cuales solo el agraviado Enríquez Lozano presenta antecedentes policiales, a todos los que trasladaron después de abatirlos hasta el hospital Belén de Trujillo. También se probó que a los agraviados se les incautó cuatro armas de fuego y un cuchillo, y que la prueba balística forense determinó que solo dos de ellas se encuentran operativas, en buen estado de funcionamiento y presentan signos de haber sido disparadas, así como que su calibre no pudo haber causado los orificios de bala que presentaban las camionetas policiales que tenían orificios producidos por armas de fuego calibre cero treinta y ocho o nueve milímetros, compatibles con el calibre que usa la Policía Nacional y no con el calibre de las armas incautadas a los presuntos agraviados. Finalmente, se probó que un polo color blanco con celeste y una camisa a cuadros color granate, analizados en la pericia toxicológica, presuntamente (no se tiene certeza) de los agraviados Reyes Saavedra y Enríquez Lozano, respectivamente,

presentan cada uno de ellos un orificio compatible con disparo de arma de fuego a corta distancia.

- E. En el acto oral también se probó que los encausados participaron en el operativo, conforme al contenido de las actas policiales que no han sido enervadas; que fueron abatidos los cuatro agraviados, a los cuales se les condujo al Hospital Belén de Trujillo, donde se confirmó que uno de ellos llegó con vida, pero murió en ese nosocomio. Igualmente, se demostró, con las pericias balísticas forenses y protocolos de necropsia realizados por el instituto de Medicina Legal de Trujillo, que las heridas producidas por el impacto de bala que presentaron los cuerpos examinados de los agraviados, ninguna de ellas presentó características de corta distancia. Estas pericias realizadas durante las diligencias preliminares en las que incluso estuvo presente el Ministerio Público a cargo de la investigación. Por otra parte, asimismo, se probó que la moto de placa MD-16480, marca Ronco, que conducía Carlos Iván Mariños Ávila, presentó impactos de bala, lo que refuerza la tesis de que tres presuntos agraviados se trasladaban en dicho vehículo menor al momento del presunto enfrentamiento. Por tanto, no se ha desvirtuado la presunción de inocencia.
3. La sentencia absolutoria de primera instancia fue apelada por el Fiscal Provincial Penal de la Fiscalía Corporativa de Trujillo mediante escrito de fojas dos mil doscientos uno, de ocho de noviembre de dos mil dieciséis. Argumentó que:
- A. El Juez A Quo valoró sesgadamente las testimoniales ofrecidas y no de forma positiva en todos sus extremos.
- B. Se sostiene como contradicción de los peritos el hecho que primero se diga que se manda una muestra occipital; sin embargo, no existe contradicción alguna, pues el perito explicó de forma detallada que se trataba de disparos a corta distancia, y que el empleo de los términos occipital, temporal, y parietal, obedece, los dos primeros al orificio de entrada, y, el segundo término, al orificio de salida (parietal).
- C. En la audiencia de lectura del fallo el Juez señaló oralmente que existían contradicciones en cuanto al color del pelo de uno de los agraviados “granate” o “rojo”, para lo cual apuntó que una testigo tuvo una contradicción con su declaración previa, la testigo María Julia Gómez Sandoval (ex Código de Reserva número ocho), cuando expresó un color distinto en el plenario al que había dicho en su declaración previa, cuando su declaración previa nunca fue oralizada ni puesta en contradicción en juicio por ninguna de las partes procesales, y por ende no fue incorporada. Por ello, su valoración genera invalidez. Sin embargo, en la sentencia escrita dicha fundamentación no aparece, siendo ello una motivación sustancialmente incongruente.
- D. Al recurrir el fallo es posible aplicar la institución de la condena del absuelto para casos como el presente.

TERCERO. Que el Tribunal, tras la audiencia de apelación, dictó la sentencia de vista de fojas tres mil cincuenta, de dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve, que revocó la sentencia de primera instancia y condenó a los imputados. Los argumentos más relevantes son como sigue:

1. En cuanto al operativo policial. Éste es un hecho cierto no controvertido. Así consta, además, del acta de intervención policial de fojas cincuenta, de veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, y del acta de apoyo de fojas cincuenta y dos, de la misma fecha, así como de la declaración de los testigos de cargo, los que afirmaron que el día de los hechos presenciaron un operativo policial. Así se tiene las declaraciones de Nora Judith Meza Mendoza, Marlene Angélica Ávila Rodríguez, y Códigos de Reserva número catorce, cuarenta y dos y cuarenta y tres, así como de Carla Torres Baltodano y Martha Enríquez Lozano.
2. Acerca de la captura con vida de los agraviados. Se acredita con las declaraciones de Marlene Angelita Ávila Rodríguez, Kelly Ruiz Valderrama, Carla Torres Baltodano, Martha Enríquez Lozano y de los testigos con Código de Reserva número catorce y cuarenta y tres. De su relato se desprende que el agraviado Carlos Mariños Ávila fue intervenido con vida. Esta parte del relato se corrobora con la de los otros testigos. Aquí la versión de Kelly Ruiz es la fuente de información, pues es quien reconoce y observa de forma directa cómo el agraviado Mariños Ávila fue intervenido por la policía, describe la forma de vestimenta con la que iba vestido, punto en el que coincide con lo relatado por su madre, destacando de todas las prendas la casaca negra de cuero, puesto que los otros testigos acotaron haber visto a un joven detenido en la camioneta policial que tenía una casaca negra. Además, según el relato de la madre, el citado agraviado había salido en su moto con todos sus documentos en regla, hecho que se corrobora con la versión de la testigo Kelly Ruiz, quien dijo ver que mostraba sus documentos y que también pudo ver la moto. Las testimoniales se corroboran y respaldan recíprocamente, existiendo coherencia, incluso en la hora aproximada de su intervención.
3. Respecto de la captura del agraviado Ronald Javier Reyes Saavedra. Se prueba específicamente con las declaraciones de Martha María Enríquez Meza y Rene Baltodano Prado. Todas las testificales disponibles dan cuenta que detuvieron al indicado agraviado durante el operativo y que estuvo con vida dentro de la camioneta policial.
4. En lo concerniente a la captura del agraviado Carlos Iván Esquivel Mendoza. Se tiene las declaraciones de los testigos Código de Reserva catorce y cuarenta y tres, así como de Alina Ysabel Esquivel Mendoza, Betsi Lorena Lozano Esquivel, Jorge Luis Monzón Ñique y Carla Joana Torres Baltodano. Sus versiones son coherentes y se respaldan entre sí. Coinciden en que el agraviado Esquivel Mendoza vestía con un pantalón oscuro y polo verde, que en circunstancias en las que se encontraba vivo y sin ningún tipo de herida mortal fue detenido en horas de la noche del día de los hechos cuando se encontraba en su casa con sus dos sobrinos, vivienda que es contigua a la casa de “El Borrego”, que los policías subieron por los techos,

detuvieron a Esquivel Mendoza, lo pegaron a un triciclo, y por el techo lo condujeron hasta una camioneta policial. Estos testigos advirtieron que en las camionetas se encontraban ya dos personas detenidas, una de ellas con casaca negra haciendo referencia a Mariños Ávila.

5. En lo atinente al agraviado Víctor Alexander Enríquez Lozano. La intervención al citado agraviado se sostiene con la declaración de Carla Joana Torres Baltodano, Rene Baltodano Prado, Martha María Enríquez Lozano, Juan Carlos Enríquez Lozano y Julia María Gómez Sandoval (antes Código de Reserva número ocho), así como con las testificales de los Código de Reserva veintidós y quince. Todos coinciden en señalar que sacaron a Enríquez Lozano con vida. En lo central de sus relatos hay coherencia y coincidencia.
6. En lo tocante al examen de conjunto de las testimoniales. En este caso, como en los demás agraviados, los testimonios, en lo sustancial, guardan coherencia entre sí, en el sentido de que los agraviados fueron detenidos con vida por parte de los acusados, en el marco de un operativo policial. Si bien entre los testimonios hay contradicciones, se centran en aspectos periféricos no sustanciales. Estas contradicciones no pueden desacreditar de plano las testimoniales, sin antes contrastarlas con las demás pruebas, conforme a las reglas de la sana crítica. Tales testimoniales tienen pleno valor.
7. En lo relacionado a la inexistencia de un enfrentamiento. Otra afirmación uniforme y coherente de los testigos de cargo de la fiscalía es que ninguno de ellos afirma haber observado un enfrentamiento a tiros de armas de fuego, entre los acusados y los agraviados. Tampoco existe algún testigo de la defensa que afirme haber presenciado un enfrentamiento. Lo único que se tiene son documentales como las actas de intervención y de apoyo, redactadas por los propios acusados, así como las inspecciones técnico criminalísticas y las pericias realizadas. Tampoco se tiene la versión de los acusados, quienes han guardado silencio en el proceso penal, sin embargo existen versiones dadas por alguno de ellos fuera del proceso penal.
 - A. En el proceso no aparece una prueba sólida sobre la existencia de un plan operativo, tampoco de una orden escrita del comando u otra comunicación que corrobore la realidad del operativo. Tampoco ha existido una previa coordinación con la fiscalía de turno. Sobre la base de la prueba actuada se tiene la declaración de la doctora Cecilia Oliva Zavaleta Corcuera, fiscal de turno y el informe 302-2008-IG/PNP. No consta declaración de algún oficial de comando policial que corrobore la afirmación de la orden telefónica, menos una orden escrita que autorizó el operativo policial.
 - B. La ausencia de un plan operativo, de una coordinación previa con la fiscalía y la falta de una orden formal, previa o coetánea, del comando para la realización de un mega operativo en el distrito de El Porvenir, permite inferir que dicho operativo policial se hizo sin observar las normas de cuidado que garantizan que la actuación policial se desarrolle dentro de los parámetros de legalidad y constitucionalidad. En este caso, los acusados realizaron un operativo no autorizado, no planificado ni coordinado previamente con la fiscalía. Este

hecho hace incrementar el riesgo de forma antijurídica, de que se produzca algún exceso en la afectación de los derechos fundamentales.

- C. Es en el contexto de un operativo policial irregular en el que se produjeron las muertes de los agraviados, que según la versión de los acusados fue a consecuencia de un enfrentamiento, conforme describen en el acta de intervención.
 - D. Según el acta de intervención policial y el acta de apoyo, transcritas, existen tres escenarios en los hechos del supuesto enfrentamiento: Primer escenario: en la calle Sinchi Roca cuadra tres. Segundo escenario: en las inmediaciones de las Avenidas Sánchez Carrión y Lorenzo Farfán. Tercer escenario: en la calle Ángeles cuadra cinco.
 - E. Empero, los tres escenarios que plantean las actas policiales donde se habría producido el enfrentamiento, simplemente no pudieron suceder. Las testimoniales que contradicen por mucho el contenido de las actas, indicando que los agraviados fueron detenidos con vida, sin heridas mortales. Se intervinieron motocicletas y posteriormente incursionaron en el Sector Antenor Orrego. Además se tienen datos objetivos que no coinciden con la afirmación policial, y que, además, resultan concluyendo y respaldando las testimoniales y la hipótesis fiscal, tales como (i) las pericias balísticas, que indican que no existe coincidencia entre el calibre del arma utilizada por los agraviados en el supuesto primer enfrentamiento con los orificios causados en la camioneta PG-0407; (ii) las Inspecciones Técnicas Criminalísticas realizadas en el lugar de los supuestos enfrentamientos, donde no se evidencian rastros sanguíneos en las cantidades que, según los protocolos de autopsia, debieron existir dada la gravedad de las lesiones. Ello importa, contundentemente, que en dichos espacios geográficos no se suscitó ningún tipo de enfrentamiento en los que se haya herido gravemente a los agraviados. Los enfrentamientos son, en realidad, invenciones para justificar la ilegal captura y posterior muerte de los agraviados.
8. Acerca de la incautación de las motocicletas.
- A. De la incautación de la moto marca Honda, de placa de rodaje MGR-12778, se tiene las declaraciones de Nora Judith Meza Mendoza, Nelson Meza Mendoza y Martha María Enríquez Lozano. El principal testimonio es el brindado por Nora Judith Meza Mendoza, el mismo que fue respaldado por Martha Enríquez. De ellos fluye que efectivos policiales ingresaron a la vivienda de Nelson Meza, donde se encontraba Nora Meza. El testimonio principal es respaldado en otros extremos igual de importantes por Nelson Meza, como sigue: acerca de la razón por la que Nora Meza se encontraba en ese inmueble, fue debido al viaje de Nelson Meza; la sustracción de la motocicleta, puesto que al ingresar Nelson Meza no encontró dicho vehículo menor; que la moto era marca Honda, extremo en el que coinciden ambos testigos; que al hacer los trámites correspondientes en fiscalía efectivamente se procedió a entregar la motocicleta. En este sentido, la versión de Nora Meza está corroborada en cuanto expresó que los efectivos

- policiales ingresaron al domicilio de Nelson Meza y procedieron a la incautación, sin orden judicial, de la referida moto.
- B. De la incautación de la moto marca Ronco, de placa de rodaje MD.16480, se tiene las declaraciones de Marlene Angelita Ávila Rodríguez, Carla Joana Torres Baltodano y Martha María Enríquez Lozano. Según estas declaraciones la motocicleta fue incautada juntamente con la detención de Mariños Ávila, al ser de su propiedad; que la moto era de color verde y fue vista de manera posterior por otros testigos en el trayecto policial.
- C. De la incautación de la moto marca Yamaha, de placa de rodaje MD-4389, se tiene las declaraciones Carla Joana Torres Baltodano, Martha María Enríquez Lozano, Juan Carlos Enríquez Lozano y del Código de Reserva número quince. Éstas evidencian la intervención de Víctor Alexander Enríquez, el cual fue subido a una camioneta juntamente con una motocicleta de color rojo, marca Yamaha, de propiedad de Juan Carlos Enríquez, la que se encontraba malograda.
9. En cuanto a la incursión en el Sector Antenor Orrego. De las declaraciones de Baltonado Prado y Carla Joana Torres Baltodado, así como de los testigos con Código Reservado quince y treinta y cuatro, se tiene que una vez intervenidos los agraviados y conducidos a las camionetas policiales, estas incursionaron en el Sector Antenor Orrego. Se advierte coincidencia en los relatos respecto a los siguientes puntos: Que los efectivos policiales golpearon a una persona y le exigieron les indique dónde estaban las armas; que, en este sentido René Baltodano y los testigos con Código de Reserva treinta y cuatro y quince –quien incluso identificó a la víctima como Enríquez Lozano– expresaron que tiraron algo en la parte de atrás de la camioneta; que los testigos René Baltodano y el de Código de Reserva treinta y cuatro refirieron que al joven que golpeaban lo subieron como un costal de papas atrás de la camioneta; que entraron en la casa de René Baltodano buscando algo; que es una circunstancia coincidente en los relatos de René Baltodano, Carla Torres y de los testigos con Código de Reserva quince y treinta y cuatro, aun cuando este testigo no vio pero sí escuchó decir a René Baltodano que dejen sus cosas, que ya no perjudiquen su casa; que en las camionetas se encontraban los agraviados; que según René Baltodano, por referencias de su hijo, este último se trataría de Víctor Alexander y Reyes Saavedra; que el testigo con Código de Reserva quince vio a Víctor Alexander dentro de una de las camionetas, que lo llamó por su nombre pidiendo ayuda, y que, además, vio una moto roja en una de las camionetas. Entonces, dichas declaraciones se respaldan y se relacionan, así como muestran solidez en sus narraciones. Por tanto, se tiene que los efectivos policiales, luego de intervenir a los agraviados, se dirigieron al Sector Antenor Orrego, bajaron a Víctor Alexander Enríquez, uno de los intervenidos, y le exigieron información acerca de la ubicación de ciertas armas, para luego dirigirse a la casa de René Baltodano.
10. En lo referido a la ejecución extrajudicial. Los testimonios afirman que los agraviados fueron detenidos con vida en un operativo policial, que los sacaron de sus casas y en la vía pública. Según los testigos no hubo ningún enfrentamiento y los acusados

se llevaron las tres motos en la tolva de las camionetas. Las actas policiales de intervención y de apoyo son las que incorporan la hipótesis del enfrentamiento. Los hechos narrados acerca del primer enfrentamiento, detallado en el acta de intervención policial, son falsos, puesto que la única arma de fuego operativa incautada es una pistola Larsin de calibre seis punto treinta y cinco o veinticinco, que no es compatible con los impactos de bala de la camioneta policial, que tienen una abertura conforme con calibre nueve milímetros o treinta y ocho, es decir, armamento de uso policial. Además, conforme a la Inspección Técnica Criminalística realizada en la escena del primer enfrentamiento no se halló ningún casquillo de la pistola Larsin. La misma diligencia señaló que en dicho lugar solo se encontró manchas de sangre tipo goteo, lo que no resulta compatible con las numerosas heridas sufridas por los agraviados, las que debieron dejar un charco de sangre, más aun si en dicha escena fueron tres los agraviados que sufrieron impactos de arma de fuego calibre nueve milímetros parabelum de uso policial, en la cabeza y la espalda de atrás hacia adelante.

- A. El citado operativo policial no contó con la autorización regular y la previa coordinación con el Ministerio Público, lo que ubica al comportamiento policial durante el operativo en uno generador de una situación antijurídica que incrementó el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales. Además, este tipo de operativos no regulares, con uso de fusiles de guerra, policías de asalto, bloqueo de calles, ingresó a domicilios privados y sin los controles legales y constitucionales, vulneran los derechos fundamentales porque no tienen ningún control sobre el uso de la fuerza y, menos, de la fuerza letal.
 - B. El operativo policial fue irregular. Según el acusado Espinoza Quispe, contó con una orden telefónica, pero tal versión ni siquiera corroborada con documento oficial, y, además, no contó con la previa coordinación del Ministerio Público. A consecuencia del operativo, no regular y sin control, se utilizó la fuerza letal de forma injusta acabando con la vida de los agraviados. Para encubrir esta conducta delictiva, los encausados redactaron un acta incorporando la historia falsa del enfrentamiento. La única arma que tenían los agraviados en el supuesto enfrentamiento era una pistola calibre veinticinco o seis punto treinta y cinco milímetros que nunca fue disparada a la camioneta de la policía, puesto que los tres impactos de bala que tiene la unidad policial fueron hechos con municiones de nueve milímetros y/o treinta y ocho, es decir, munición de uso policial. Además, las otras dos armas halladas en el lugar del enfrentamiento fueron un cuchillo y un encendedor tipo pistola, que no tenían ninguna capacidad de fuego para poner en peligro la vida de los más de treinta efectivos policiales que iban en el comboy a bordo de cinco camionetas portando armas de largo alcance.
 - C. De lo expuesto se puede inferir que los agraviados fueron ejecutados extrajudicialmente por parte de los encausados.
11. Del análisis de las heridas por proyectil por arma de fuego en los agraviados. Con relación a Carlos Iván Mariños Ávila se tiene el protocolo de necropsia 333-07; en cuanto a

Ronald Javier Reyes Saavedra se tiene el certificado médico legal 6474-PF-HC; respecto a Carlos Iván Esquivel Mendoza se tiene el certificado médico legal 6476-PF-HC; y, en lo referente a Víctor Alexander Enríquez Lozano se tiene el protocolo de autopsia 330-07.

A. Se tiene (i) la necropsia de Mariños Ávila revela que presentó orificios perforantes con arma de fuego en regiones craneales específicamente, así como en el tórax, lo que probablemente le causó abundante sangrado. (ii) El examen a Reyes Saavedra encontró orificios de entrada en la parte posterior del hemitórax, es decir, en la espalda, y con orificios de salida en la parte pectoral derecha, así como también presentó una herida en la parte superior de la cabeza, aunque no ingresó a la cavidad craneana; disparos que fueron realizados desde el lado derecho. (iii) Al agraviado Esquivel Mendoza se le halló cinco orificios con arma de fuego, dos en el tórax, uno en la cabeza y otros dos en las piernas, disparos que fueron efectuados de atrás hacia adelante, y de izquierda a derecha. (iv) Finalmente, el agraviado Enríquez Lozano presentó cinco orificios de bala, uno de ellos entró por la izquierda y salió en el área pre auricular derecha, y dos orificios en los muslos, uno en el tercio proximal, y otro en el tercio distal, ambos con orificio de entrada en la parte del muslo, la parte anterior, y un último orificio en la pierna izquierda derecha, tercio medio con su orificio en la cara externa y salida cara interna. Por tanto, los disparos efectuados contra los agraviados se realizaron en muchos casos de atrás hacia adelante, incluso, en el caso de Enríquez Lozano, éste aparece con orificios de entrada de proyectil en la parte interna de los miembros inferiores. Ello pone en crisis la existencia de un enfrentamiento tal como lo habían descrito los efectivos policiales, quienes expusieron que hirieron a los agraviados en circunstancias en las que venían a bordo de una moto lineal tres de ellos, y ambas partes dispararon. Tal exposición, empero, no explica esas heridas en el cuerpo de Enríquez Lozano. También se contrapone a la hipótesis de un enfrentamiento el hecho de que si estuvieron tres a bordo de la moto y que en ningún momento bajaron de ella, por reglas de la lógica, es de entender que solo uno podría aparecer con disparos en la espalda, pero no más de dos.

B. Existen, pues, graves indicios de la ejecución extrajudicial, como plantea la Fiscalía. Resulta evidente que las actas policiales han sido falsamente creadas para ocultar las ejecuciones, al igual que las pericias de absorción atómica practicadas a los agraviados también son falsas, por cuanto no se probó que los agraviados hayan disparado.

12. De las pericias para determinar distancia de los disparos.

A. El perito Ávalos Cordero, en la audiencia de apelación, concluyó que los disparos fueron realizados a corta distancia. Según su análisis en el primer orificio del polo blanco y celeste a rayas de Reyes Saavedra, así como también el primer orificio de la prenda de vestir consistente en una camisa a cuadros color granate, correspondiente a Enríquez Lozano, referido al orificio tercero de la prenda un polo verde correspondiente a Esquivel Mendoza, advirtió la

existencia de los tres elementos, es decir, de plomo, bario y antimonio. Agregó que el traslado de las muestras de esa ciudad hasta la ciudad de Lima siguieron el debido protocolo, siendo enviados selladas y lacradas, de manera tal que los sellos no sean manipulados, levantando actas donde participaba un representante del Ministerio Público.

- B.** Por otro lado, el perito balístico Rocha Rojas concluyó en un sentido distinto, pues indicó que los disparos que aparecen en el cuerpo de los occisos, siendo estos sus objetos de estudio, fueron realizados a larga distancia, tal como consta en su examen pericial 563-07, conclusión a la que llegó porque “en ninguno de ellos se podía apreciar tatuaje, que es la más típica de un [disparo a] larga distancia, no se podía apreciar ahumamiento que se produce por un disparo a menor distancia de los cincuenta centímetros, y no se ha observado chamuscamiento; tampoco había características de una mina de boca Hoffman, que es disparo tocante, es decir, aplicación directa a la superficie donde se impacta”. Puntualizó que el método científico empleado en balística forense está determinado y establecido en todos los laboratorios de balística de la Policía Nacional y se basa en los estudios establecidos y aceptados universalmente para apreciar las características de un disparo. Acotó que “el examen que se realiza es visual en contacto directo con la muestra. Está macroscópicamente a la vista”. Ante tales conclusiones, se dispuso, a solicitud del MP, la realización de un debate pericial, el mismo que versó acerca de la interface, y el método científico utilizado.
- C.** De la exposición de los peritos, y sobre todo, del debate pericial realizado, resulta más atendible las conclusiones arribadas por el perito Cordero Ávalos, por cuatro razones: **1.** Por la existencia de la interface, desde que, según la perito médico legista Ibáñez Castillo, la literatura balística menciona este término, de la interface, y que si hay elementos u objetos donde primero impacta el proyectil, esto se queda con mayor cantidad de características de un disparo, y el proyectil básicamente limpio, pero el elemento que está señalado que interfiere se queda con los signos; que, en el caso concreto, esta sí existió siendo las prendas de vestir que se encontraban usando los occisos al momento de los disparos, las mismas que no fueron objeto de evaluación por el perito Rocha Rojas, por lo que no pudo determinar si estas prendas contenían o no los signos de un disparo a corta distancia. **2.** Por las muestras objeto de análisis, puesto que el perito Rocha Rojas se limitó al estudio de los cuerpos de los occisos, y no tuvo como muestras de análisis las prendas de vestir de los fallecidos, ya que no se solicitó la evaluación de las mismas; que el perito Ávalos Cordero enfocó su análisis justamente en estas prendas de vestir, que fue lo que se le solicitó, de suerte que examinó así los orificios que presentaban y, por ello, determinó, en primer lugar, que habían sido realizados por arma de fuego, y, en segundo lugar, que algunos orificios presentaban los tres elementos (plomo, bario y antimonio), lo que le permitió concluir por la existencia de disparos a corta distancia. **3.** Por el método empleado, ya que si bien el perito

Rocha Rojas refirió que es la observación el método científico que por excelencia se usa en materia de balística, cabe destacar que evidentemente una apreciación visual macroscópica es superada por una apreciación, también visual, pero microscópica. Es de entender que basta la simple visión para determinar características como el ahumamiento, el tatuaje y semitatuaje, tal como enfatizó el perito Rocha Rojas e incluso, en su oportunidad, fue mencionado y explicado por la perito médico legista Navarro Mendoza. En resumidas cuentas, al haber tenido ambos peritos diferentes muestras de estudio, los métodos que utilizaron, distintos entre ellos e idóneos para cada muestra, sin embargo, la existencia de la interface requería del análisis de las prendas, no únicamente del cuerpo del occiso. 4. Por el respaldo de otras pericias se puede indicar que el perito Rocha Rojas llegó a una conclusión de manera aislada en la existencia de disparos a corta distancia, toda vez que la perito médico Navarro Mendoza, respecto a los protocolos de autopsia de su autoría, al concluir que no encontró signos de disparo a corta distancia, explicó que no ha opinado que no hayan sido [disparos] a corta distancia sino que lo concluyó fue que no observó los signos a corta distancia, pero no puede establecer la distancia de los disparos porque desconoce si hubo interface, es decir, si hubo algo que se opuso. Entiéndase que la existencia de la interface genera alta probabilidad de que hayan existido disparos a corta distancia. Por otro lado, el pronunciamiento del perito Ávalos Cordero está respaldado por el dictamen pericial de patología forense 2008004006196, de quince de enero de dos mil nueve, realizado por el perito patólogo forense Hugo Vladimir Castro Pizarro, perito que acudió a juicio de primera instancia. También respalda las conclusiones del perito Ávalos Cordero el dictamen pericial de antropología forense 000648-2008, emitido el diez de noviembre de dos mil ocho por el licenciado Danny Humpire Molina, respecto al examen realizado el veintiséis de setiembre de dos mil ocho, quien concurrió a audiencia en primera instancia.

D. Por tanto, las conclusiones del perito Ávalos Cordero están respaldadas por otras pericias que concluyen en el mismo sentido, lo cual resulta determinante. En tal virtud, se da por acreditada la existencia de disparos a corta distancia de los agraviados.

13. De la participación en modalidad de coautoría aditiva. La Fiscalía atribuyó los delitos de secuestro agravado y homicidio calificado a través de la figura de coautoría aditiva. Todos los acusados tuvieron la resolución criminal de cometer los delitos imputados y todos realizaron sus aportes. El acusado ELIDIO ESPINOZA QUISPE fue el jefe del grupo operativo policial conformado con el resto de los acusados. Todos ellos, bajo el mando del feje del grupo operativo, se pusieron de acuerdo para secuestrar y ejecutar extrajudicialmente a los agraviados. Si bien, no ha sido posible homologar el único proyectil hallado, no es necesario pretender individualizar cuál de las armas de los acusados ocasionó la muerte de los agraviados, de suerte que, por ello, se les vincula a los hechos a través de la

coautoría aditiva. La coautoría se acreditó en base al material probatorio más allá de toda duda razonable.

14. De la condena del absuelto.

- A.** Todos los imputados absueltos fueron debidamente notificados y asistieron a la instalación de la audiencia. En la estación correspondiente expresaron su voluntad de guardar silencio, por consiguiente, el juicio de apelación continuó con la activa intervención de sus abogados defensores. Solo los acusados Elidio Espinoza Quispe, Marco Luis Quispe Gonzales y Wilson De La Cruz Castañeda se quedaron hasta el final de los debates y ejercieron su derecho a la última palabra, con lo que se da por garantizado el derecho del imputado absuelto, previsto en casación.
- B.** La omisión del legislador de regular un recurso amplio para la condena del absuelto no puede impedir a la Sala Superior dictar una sentencia condenatoria, y mucho menos, en casos como el que nos ocupa, donde se ha acreditado la responsabilidad penal de delitos que producen graves violaciones de derechos humanos.
- C.** El derecho del imputado a un recurso amplio no es un derecho absoluto, y en este caso, no es el único derecho constitucional a tutelar en la presente decisión judicial, también están presentes, los derechos de las víctimas, el derecho a la verdad y la justicia material. El derecho al doble conforme en los casos de condena de absuelto debe ser tutelado en un momento posterior a la audiencia de apelación y a la expedición de la sentencia de vista. Interpuesto el recurso de casación, único recurso disponible, corresponderá en ese momento garantizar al absuelto condenado su derecho a que su primera condena sea revisada mediante un recurso amplio, pues recién se da la necesidad de la ponderación y el control difuso de convencionalidad. Si el imputado no impugna y se conforma con la condena no existe conflicto de derechos constitucionales.
- D.** Este proceso tiene las características de un caso trágico, por lo que las decisiones adoptadas buscarán afectar en menor medida los derechos fundamentales en juego.

15. En lo vinculado a la determinación de la pena. No hay uniformidad en el Colegiado para la aplicación de la cadena perpetua, puesto que el magistrado Jorge Humberto Colmenares Cavero sustentó su disconformidad con la pena extrema de cadena perpetua, en función a razones humanitarias y jurídicas. Por tanto, se acordó imponer treinta años de pena privativa de libertad por considerar que esta pena es alta y cumple no solo con los fines constitucionales, sino también con los estándares internacionales que demandan para estos delitos, penas que tengan un efecto tutelar, aleccionador y disuasivo. Por lo demás, la condena del absuelto afecta las expectativas del derecho a un recurso amplio y podría afectar el derecho al doble conforme, por lo que es necesario analizar el caso a través de la ponderación de derechos constitucionales y, eventualmente, a través de un control difuso de convencionalidad. Además de tomar en cuenta que los procesados a lo largo de este extenso proceso han concurrido a las audiencias, de conformidad con los

artículos 402 y 418 del Código Procesal Penal corresponde la suspensión provisional de la condena.

∞ Contra la sentencia de vista la Fiscalía Superior interpuso recurso de casación. De igual forma procedieron la defensa de Elidio Espinoza Quispe, también la defensa de Jairo Trinidad Mariño Reyes, Néstor Agustín Castro Ríos, Jimmy Alberto Cortegana Cueva, Wilson De La Cruz Castañeda, Hugo Noé Villar Chalan y Marco Luis Quispe Gonzales, así como la defensa de José Alberto Monge Balta.

CUARTO. Que la señora FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil trescientos noventa y ocho, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve, denunció los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

∞ Argumentó que se aplicó erróneamente la suspensión de la ejecución provisional de la pena pues la ley, en este caso, no lo permitía; que no se precisó por qué se impuso una pena distinta de la legalmente prevista: cadena perpetua, tanto más si no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o causales de disminución de la punibilidad.

QUINTO. Que la defensa del encausado ESPINOZA QUISPE en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil quinientos ochenta y uno, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve, introdujo los motivos de inobservancia de precepto constitucional, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ Alegó que no se precisaron, para su debida respuesta, los agravios impugnativos y se valoraron pruebas no alegadas, introducidas y/o actuadas en apelación; que se le condenó en base a prueba insuficiente; que no se individualizó quién utilizó el arma de fuego y mató a los agraviados; que se incorporaron hechos no relatados en la acusación; que se apreció un Informe de Inspectoría de la Policía Nacional del Perú sobre declaraciones no agregadas en el mismo, ni las actas de hallazgo y recojo de armas de fuego de los fallecidos, las pericias de balística y de absorción atómica, el acta de intervención policial; que no se analizó la concurrencia de una situación de cumplimiento de un deber; que no se razonaron las pruebas de descargo; que se condenó al absuelto en segunda instancia, lo que está prohibido.

SEXTO. Que la defensa de los encausados MARIÑO REYES, CASTRO RÍOS, CORTEGANA CUEVA, DE LA CRUZ CASTAÑEDA, VILLAR CHALÁN y QUISPE GONZALES en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil seiscientos noventa y nueve, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve, reprodujo los motivos y argumentos del recurso de su coimputado Espinoza Quispe, con exclusión del motivo referido a la prueba insuficiente para condenarlo, respecto a la ausencia de pericia de homologación de las armas de fuego.

∞ En el mismo sentido discurre el escrito de recurso de casación del encausado MONGE BALTA de fojas tres mil ochocientos veintisiete, de treinta de setiembre de dos mil diecinueve.

SÉPTIMO. Que, conforme al auto de calificación de fojas setecientos cincuenta y ocho del cuaderno de casación, de tres de julio de dos mil veinte, son materia de dilucidación en sede casacional las causales de **(i)** inobservancia de dos preceptos constitucionales (presunción de inocencia y motivación: artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución), bajo los cauces de los motivos de casación previstos en el artículo 429, incisos 1 y 4, del Código Procesal Penal. Igualmente, **(ii)** bajo el motivo de inobservancia de precepto constitucional, se renueva la discusión acerca de la condena del absuelto, desde una perspectiva constitucional y legal (artículo 425, numeral 3, del Código Procesal Penal), que es del caso examinar. Asimismo, **(iii)** el motivo de infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal) en tanto el recurso acusatorio cuestiona el juicio de medición de la pena y la presunta ilegalidad del *quantum* de pena privativa de libertad impuesta. Finalmente, **(iv)** el motivo de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal) en atención a la ejecución provisional de la pena impuesta en la segunda instancia.

OCTAVO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas setecientos setenta del cuaderno de casación, de nueve de julio del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día miércoles once de agosto de este año.

∞ Con fecha veintiséis de julio de dos mil veintiuno, previo a la audiencia de casación, se puso en conocimiento de esta Sala Suprema el fallecimiento de quien en vida fue Elidio Espinoza Quispe ocurrido el tres de abril del año en curso por causa de COVID-19, en La Libertad (Establecimiento de Salud Hospital de Alta Complejidad de Virgen de la Puerta), como consta del acta de defunción de ocho de abril de dos mil veintiuno que se anexa.

NOVENO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez y los letrados doctor Roger José Luis Ávalos Ramírez, por el encausado José Alberto Monge Balta, y doctor Godofredo García León, por los encausados Elidio Espinoza Quispe (fallecido), Hugo Noé Villar Chalán, Marco Luis Quispe Gonzales, Wilson De la Cruz Castañeda, Néstor Agustín Castro Ríos, Jairo Trinidad Mariño Reyes y Jimmy Alberto Cortegana Cueva.

DÉCIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por

unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. *DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL*

PRIMERO. Que, en principio, como se expuso en el sexto fundamento de hecho, el encausado recurrente Elidio Espinoza Quispe, con posterioridad a la sentencia de vista condenatoria (dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve) y de haberse aceptado el recurso de casación que interpuso (tres de julio de dos mil veinte), falleció el día tres de abril del año en curso, según se acredita con el acta de defunción que corre en el cuaderno de casación, presentada por su abogado defensor por escrito de fecha veintiséis de julio último.

∞ Por consiguiente, es de aplicación el artículo 78, inciso 1, del Código Penal. La acción penal seguida en su contra se ha extinguido. No es posible continuar con el proceso, con el conocimiento y decisión del recurso de casación que planteó, por el impedimento procesal indicado. Así debe declararse.

§ 2. *DEL MÉTODO PARA EL EXAMEN DE LAS CAUSALES DE CASACIÓN*

SEGUNDO. Que la censura casacional es múltiple. Incide en aspectos procesales y materiales, así como en la denuncia de infracciones constitucionales y legales (legislación constitucional y ordinaria). Por tanto, es de rigor revisar escalonadamente los agravios impugnatorios, tomando como referencia, por razones lógicas, las causales que inciden en la validez de la decisión y del procedimiento y, a continuación, las que inciden en la infracción de las normas sustantivas o materiales.

∞ **Primero**, los que inciden en normas de naturaleza procesal (constitucional y ordinaria), tales como la eficacia de la condena del absuelto –cuya solución y viabilidad es precondition de las demás motivos de casación–, la determinación si el Tribunal Superior, al examinar la sentencia de primera instancia, se mantuvo dentro de los límites de revisión en apelación que le corresponden, si se respetó las reglas de prueba y regla de juicio de la garantía de presunción de inocencia, si la motivación (intra textual) no presenta alguna patología que le resta validez, y si fue correcto suspender provisionalmente la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en segunda instancia.

∞ **Segundo**, los agravios que inciden en normas sustanciales, en este caso, no la tipificación jurídico penal de los hechos materia de condena (no cuestionados casacionalmente), sino el juicio de medición de la pena, desde la perspectiva de su legalidad.

§ 3. DE LA CONDENA DEL ABSUELTO

TERCERO. Que el artículo 139, numeral 6, de la Constitución consagra, de modo amplio, como garantía jurisdiccional, la pluralidad de la instancia en los procesos jurisdiccionales –en todos–, tal como lo estableció el Tribunal Constitucional (SSTC 1243-2008-PHC/TC, de 1 de septiembre de 2008; y, 4235-2010-PHC/TC, de 11 de agosto de 2011). Ello implica la previsión legislativa de sucesivos recursos jerárquicos, devolutivos, que resuelvan el objeto del proceso. Un grado de jurisdicción no basta. En esta perspectiva, como quiera que también la Constitución previó el recurso de casación a cargo exclusivamente de la Corte Suprema de Justicia –sin fijar sus fines y funciones– (ex artículo 141 de la Constitución), nuestro ordenamiento concretó esta pluralidad de la instancia al doble grado de jurisdicción en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (revisión en una instancia superior, de suerte que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada), que fue reiterado por el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil (El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta), y el artículo I, numeral 4, del Título Preliminar del Código Procesal Penal (Las sentencias y autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación).

∞ Ahora bien, desde esta perspectiva de necesaria revisión de una primera decisión el artículo 14, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*. Este precepto reconocía el derecho del declarado culpable de impugnar ante un Tribunal Superior, aunque no prohibía el derecho del acusador o de la víctima de impugnar una absolución del imputado, en resguardo del interés público relevante propio del sistema penal –recuérdese que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece normas de mínimos, lo que no impide a un Estado ampliar los derechos y su contenido–. Por lo demás, el artículo 8, numeral 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene un contenido más amplio y menciona a todas las partes, pues estatuye que: *“[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*. Asimismo, expresamente la impugnación de sentencias condenatorias y absolutorias está prevista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ex artículo 81, numeral 1; y, Regla 150 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

∞ En tal virtud, desde el derecho–principio de igualdad, es absolutamente lícito reconocer legitimación activa para recurrir al Ministerio Público o al actor civil cuando se trata de una sentencia absolutoria de primera instancia; y, así lo reconoce el Código Procesal Penal (ex artículos 95, numeral 1, literal ‘d’, 404, numeral 2, 405, numeral 1, y 409, numeral 3). Ello, desde luego, no puede desconocer cierta asimetría del principio de igualdad de armas en aras de la garantía rectora en materia probatoria: presunción de inocencia, que solo beneficia al imputado –el imputado ante un procesamiento y enjuiciamiento como consecuencia de una acusación goza de

mayores y diferentes garantías que las de otros participantes en el proceso (STCE 88/2003, de 19 de mayo; y, ATCE 467/2006, de 20 de diciembre)–. De ahí que los acusadores solo pueden invocar, en caso de absolución, la garantía de tutela jurisdiccional (revisión de la razonabilidad de la absolución), pero no tienen a su favor una inversa garantía de presunción de inocencia, solo reservada al imputado.

CUARTO. Que, desde la perspectiva histórica y comparada, nuestro sistema de recursos está centrado, como el más importante, en el recurso de apelación (medio de impugnación devolutivo y ordinario), creado para corregir los errores eventualmente cometidos en la primera decisión, de suerte que el juez *ad quem* tiene la vía libre para hacer lo que habría podido y debido hacer el primer juez; así como decidir según justicia [CARNELUTTI, FRANCESCO: *Derecho y Proceso*, Tomo I, Editorial EJE, Buenos Aires, 1971, p. 273]. La apelación, hoy en día, se considera que está dirigida a asegurar de manera plena la garantía subjetiva de la impugnación: la parte que se considere destinataria de una sentencia injusta o inválida puede provocar el control por parte de otro juez; y, se puede denunciar cualquier tipo de error [PROTO PISANI, ANDREA: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Palestra, Lima, 2018, pp. 517-518].

∞ El recurso de apelación penal nacional tiene como nota característica central el de ser, siguiendo el originario modelo austriaco de mil ochocientos noventa y cinco, un recurso de apelación limitado (*revisio prioris instantiae*), en cuya virtud no se aceptan nuevos hechos (*ius novorum*), nuevos medios de defensa (no se puede alterar la pretensión inicial –son inadmisibles las pretensiones esgrimidas con carácter autónomo en comparación a las que fueron objeto de enjuiciamiento en la primera instancia, y las que se reproducen en segunda instancia pero con alteración de la causa de pedir o del petitorio, ni es posible plantear articulaciones defensivas que pudieron y debieron hacerlas en primera instancia–), y solo limitadamente, por excepción, nuevas pruebas en segunda instancia –*nova producta* y *nova reperta*, con exclusión de los “*nova allegata*”, así como prueba indebidamente inadmitida en el procedimiento intermedio y prueba admitida no actuada por culpa de la parte impugnante, al igual que prueba personal ya actuada pero con defectos relevantes con entidad para cambiar el sentido del fallo–, por lo que el sistema de apelación se erige en una función controladora del proceso, de revisión de lo actuado en la primera instancia, en el que se da un límite a la innovación del material probatorio.

∞ Esto es, el Tribunal Superior, básicamente, se concreta a revisar, en materia probatoria, (i) la racionalidad de la decisión del Juzgado Penal, (ii) el cumplimiento de las garantías de presunción de inocencia y tutela jurisdiccional, (iii) la completitud y racionalidad de la motivación fáctica, y (iv) las formalidades del juicio o de la propia sentencia de primera instancia. Una quiebra del modelo de apelación limitado en beneficio del modelo pleno de apelación en nuestro sistema procesal de apelación es que no solo enjuicia la legalidad o no de la resolución impugnada, sino que examina nuevamente el asunto y, por tanto, la decisión puede ser rescisoria, control negativo y

positivo [GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ y otros: *Los Procesos Penales*, Tomo 6, Editorial Bosch, Barcelona, p. 428].

∞ Es, además, del todo factible controlar el denominado “error en la apreciación de la prueba”, signo inequívoco que el recurso de apelación penal es ordinario. Este motivo se dirige a evidenciar, no ya una indebida aplicación o interpretación de una norma jurídica, procesal o material, sino una indebida aprehensión o entendimiento de un resultado probatorio, es decir, de un elemento fáctico, de manera que a través del mismo cabe denunciar, tanto la errónea consideración de que un determinado hecho no está probado, cuanto que sí lo está, a la luz de los resultados arrojados por los diferentes medios de prueba que han podido ser practicados en el plenario de primera instancia [GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ y otros: *Ibidem*, p. 435]. El Tribunal Superior, a través del recurso de apelación, tiene potestad para valorar autónomamente (i) la prueba documental y documentada (prueba preconstituida, prueba anticipada y prueba por comisión: ex artículo 383 del Código Procesal Penal), (ii) la prueba pericial, y (iii) la prueba complementaria actuada en la audiencia de apelación –que puede incorporar, como opción ampliada, con los límites propios con el “modelo” de apelación asumido (que ingresa dentro de lo que se denomina “configuración legal”), la prueba de declaración de testigos, incluidos los agraviados, y, extensivamente, de los coimputados ajenos a la impugnación (como testigos impropios), que ya declararon en primera instancia: ex artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal–. Por todo ello, es, desde luego, posible modificar el relato de hechos fijados en primera instancia, en tanto en cuanto la nueva valoración de la prueba lo permita, sí y solo si en su formación no intervenga el principio de inmediación y, por ende, además, el principio de contradicción: ex artículo 425, numeral 2, del Código Procesal. Por ello es absolutamente lógico y jurídicamente correcto que el Tribunal Superior puede condenar al absuelto en primera instancia: artículo 425, numeral 3, literal b), del Código Procesal Penal. Una pretensión impugnatoria fundada en error en la apreciación de la prueba puede dirigirse contra el resultado de la prueba, tales como las inferencias lógicas y argumentativas del juez en la sentencia, con la consecuencia de deducirse un resultado distinto al obtenido por el juez y plasmado en la sentencia [RICHARD GONZÁLES, MANUEL: *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, p.].

∞ En esta perspectiva la decisión del Tribunal de Apelación está enmarcada dentro de un procedimiento o trámite que importa no solo posible la actuación probatoria (respecto de la prueba complementaria fijada en el artículo 422, numerales 2 y 5, del Código Procesal Penal) sino que ésta se realiza en la audiencia de apelación con la intervención de todas las partes: recurrentes y recurridas, así como el emplazamiento y posibilidad de asistencia de las partes no recurrentes (artículo 423, numeral 1, del Código Procesal Penal); y, cuando se trata de un recurso acusatorio –incluso contra la absolución–, el imputado debe estar presente (obviamente también cuando sea el recurrente) desde su interrogatorio es un paso obligatorio del juicio de apelación (desde luego si el acusado acepta declarar y ser interrogado) y, en caso contrario, en el primer supuesto (parte recurrida) se le declarará reo contumaz (artículo 423, numeral 2

al 5, del Código Procesal Penal). De esta forma se afirma las garantías de defensa procesal (ejercer la contradicción, aportar prueba, presenciar la actividad probatoria, intervenir en su ejecución y alegar sobre ella) y del debido proceso (igualdad de armas, oralidad, inmediación, publicidad, entre otros).

∞ Como consecuencia de que el legislador alzaprimó el principio de inmediación, que en rigor es propio de la formación de la prueba personal pero lo extendió a la fase de su valoración (del elemento de prueba, como es obvio) y que, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en pureza se centró en el principio de contradicción, exigiendo siempre la presencia del imputado en la audiencia, incluso cuando se discutía el *quantum* de la sanción penal, como impone nuestro Código (SSTEDH Ekbatani vs. Suecia, de veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y ocho; Spinu vs. Rumanía, de veintinueve de julio de dos mil ocho; Igual Coll vs. España, de diez de marzo de dos mil nueve; y, Lajos Kiss vs. Hungría, de veintinueve de septiembre de 2009).

∞ Por todo ello, como regla general y básica, si se cumplen los presupuestos, requisitos y condiciones legalmente impuestos, es factible condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia. Lo exigible por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es que el recurso se conozca ante un tribunal de rango superior y que éste supone una revisión de hecho y de derecho por dicho tribunal superior [cfr.: Decisión de diecisiete de marzo de dos mil tres, comunicación 836/1998, del Comité de Derechos Humanos].

∞ Pero, además, como recordó la STEDH Serrano Contreras vs. España, de veinte de marzo de dos mil doce, es del caso cumplir con los principios de contradicción e inmediación para la valoración de la prueba. En tal virtud, la exigencia de examen de una prueba documental también requiere que se haya reproducido en el juicio oral de primera instancia (oralizado, según nuestra Ley Procesal Penal), así como también escuchar al imputado, recurrente o recurrido, –claro está, siempre que acepte ser interrogado y, fundamentalmente, contestar los cargos en su contra, incluso en el paso de “última palabra”–, no se puede valorar el elemento subjetivo para cambiar el juicio fáctico (por ejemplo, dolo u otro elementos subjetivo distinto del dolo exigido por el tipo delictivo). De ahí que la presencia del imputado frente a recursos de apelación contra sentencias, sean absolutorias como condenatorias, es inevitable [cfr.: BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 7ma. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2019, p. 2676].

QUINTO. Que el Tribunal Superior ha considerado que, frente a la condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia (plenamente factible), el legislador omitió regular un “recurso amplio” contra ese fallo de vista; y, además, que en todo caso debe ser tutelado el derecho al “doble conforme” del imputado. Así lo entendió, por lo demás, la SCIDH Herrera Ulloa vs. Costa Rica, de 2 de julio de 2004; y, la STC 861-2013/PHC/TC, de 23 de enero de 2018.

∞ El concepto de “recurso amplio” supone que sea efectivo y permita conocer el hecho y el derecho integralmente, concediendo a las partes la oportunidad de poder

acreditar y justificar sus pretensiones impugnatorias. Dogmáticamente tal afirmación es correcta. Un recurso “idóneo” o “adecuado” es, según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, es aquel que según su regulación tenga posibilidades razonables de prosperar, en función a sus requisitos y posibilidades procesales, y que permita volver a examinar el fondo, tanto desde el punto de vista de la suficiencia de pruebas como desde el punto de vista jurídico (Dictamen José Alba vs. España, de 15 de noviembre de 2004). O, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los recursos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos, deben ser compatibles al fin para el cual fueron concebidos (SCIDH Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de 28 de noviembre de 1999, Competencia, párrafo 77).

∞ El ámbito y extensión del recurso está determinado por lo que la ley establece –a lo que decida el derecho interno, respetando por cierto su contenido convencionalmente tutelado–. Siempre que pueda revisarse la condena y la pena, el recurso cumplirá las exigencias fijadas en la Constitución y el Derecho Internacional de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cabe sostener que esta regla convencional no impone la obligación de establecer propiamente una doble instancia, sino la sumisión del fallo condenatorio y la pena a un Tribunal Superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescripto por la Ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades (cfr.: STCE 76/1982, de catorce de diciembre; SUAUA MOREY, JAIME: *Inmediación y Apelación en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010, p. 78]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, igualmente, ha sido preciso en estipular que el doble grado de jurisdicción también puede ser aceptado cuando se permite una revisión limitada de la cuestión de hecho (SSTDEH Ramos Ruiz vs. España, de diecinueve de febrero de dos mil dos; y, Guala vs. Francia, de dieciocho de marzo de dos mil tres).

∞ Inicialmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que el recurso de casación no cumple estas exigencias (Decisiones dictadas en el caso Cesario Gómez Vásquez vs. España, de 20 de julio de 2000, hasta la del caso Martínez Fernández vs. España, de 29 de marzo de 2005, e incluso el caso Pérez vs. España de 18 de abril de 2006). Sin embargo, con posterioridad relajó tal criterio, al punto que en sus últimas decisiones, de inadmisión, afirmó que el control de la prueba en casación e incluso a través del amparo constitucional sería acorde al artículo 14, numeral 5, del PIDCP [ALCÁZER GUIRAO, RAFAEL: *Ibidem*, p. 101]. En efecto, en las decisiones Subeiro Vesti vs. España, de 1 de abril de 2008; Rodríguez Rodríguez, de 30 de octubre de 2008; Pindado Martínez vs. España, de 20 de octubre de 2008; y, Suils Ramanet vs. España, de 26 de julio de 2011, entre otros, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró inadmisibles las quejas porque el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, procedió a la revisión de las pruebas efectuadas en primera instancia y concluyó que los elementos de prueba presentados eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados tipos delictivos.

∞ La exigencia de un recurso similar al de apelación tras la condena del absuelto, es decir, de un segundo recurso de apelación, se debe a la invocación del denominado “doble conforme”, resaltado en su día por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Empero, debe tenerse en cuenta que el “doble conforme” es una variante de una concepción ligada a la *apellatio* romana y a su organización imperial, de la pluralidad de instancias, que exigía una impugnación devolutiva-sustitutiva con el total re-enjuiciamiento de una controversia ya previamente juzgada, enfatizada en el Derecho Canónico medieval –subsistente en el Derecho Canónico hasta nuestros días–; y, que perseguía poner un punto final a las sucesivas impugnaciones posibles contra una resolución hasta que se llega a obtener una doble decisión conforme, es decir, del mismo tenor. Este modelo, es de insistir, fue ideado para limitar el número de apelaciones y en nuestro sistema procesal fue eliminado por el Decreto Dictatorial de Ramón Castilla del treinta y uno de marzo de mil ochocientos cincuenta y cinco; y, además, definitivamente excluido con el Código Procesal Civil, que optó por el sistema, de factura francesa, que instaló la doble instancia y que se contenta con la existencia de un solo y ulterior “grado” de juicio al primero a llevarse ante un distinto juez, cuya decisión prevalece sobre la primera, y es la que está destinada a adquirir la autoridad de cosa juzgada, como dijera CALAMANDREI [ARIANO DEHO, EUGENIA: *Impugnaciones procesales*, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 53-57].

∞ Se sostiene que la decisión del juez de apelación podría ser equivocada. Pero todo lo que se puede admitir, como enseña CARNELUTTI, es que hay en apelación menores probabilidades de error, sobre todo cuando la decisión de apelación coincide con la de primer grado (de aquí el principio de la doble conforme, sacado de la regla de experiencia según la cual cuando una operación aritmética realizada dos veces da el mismo resultado, hay grandes probabilidades de que sea exacta); pero una posibilidad de error no puede excluirse nunca [*Ibidem*, pp. 275-276]. En tal virtud, no es de aceptar que el doble grado de jurisdicción está en la esencia de la naturaleza jurídica del recurso de apelación y que mientras no se obtengan dos decisiones iguales el imputado no alcanzó a resguardar las garantías del debido proceso y de la presunción de inocencia. El recurso de apelación determina un doble examen sobre la cuestión judicial planteada por las partes; y, este examen se cumple con un recurso de apelación de contenido amplio como es el recurso de apelación nacional –es de repetir que existe un amplio margen de apreciación por el Derecho interno para decidir las modalidades de ejercicio de ese derecho, de suerte que las limitaciones que se reconozcan deben perseguir un fin legítimo y no atentarse contra la sustancia misma del derecho concernido, que es lo que se ha venido sosteniendo: STEDH Haser vs. Suiza, de veintisiete de abril de dos mil–. Dictada la decisión de segunda instancia, en la que se examinó por segunda vez el objeto procesal, queda zanjado el tema judicial: SSTEDH Krombach vs. Francia de trece de febrero de dos mil uno; y, Papon vs. Francia de veinticinco de julio de dos mil dos.

SEXTO. Que, ahora bien, como quiera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige una revisión cuando se trate de condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia, bajo el entendido de que solo ha mediado una condena contra el imputado (SCIDH Mohamed vs. Argentina, de 23 de noviembre de 2012), es de tener presente las posibilidades de revisión de la casación penal.

∞ No existe un solo modelo puro o modelo único de recurso de casación. La institución de la casación ha evolucionado desde su fuente originaria francesa, incluso en la propia Francia, donde vía la motivación se puede examinar la corrección jurídica del juicio de hecho y de su motivación; es de precisar que si bien la casación francesa es considerada un recurso extraordinario y se pronuncia sobre infracciones de Derecho, hoy en día ejerce un control de convencionalidad *in abstracto* (mayo de mil novecientos setenta y cinco), un control de convencionalidad *in concreto* (diciembre de dos mil trece), y realiza ya en sus fallos la casación sin reenvío (mil novecientos sesenta y siete y mil novecientos setenta y nueve) [FERRAND, FRÉDÉRIQUE: *El futuro del Tribunal de Casación Francés*. En: AA.VV.: *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 72, 79 y 82]. Por tanto, su análisis debe ser realizado desde las notas características del recurso de casación tal como ha sido regulado por el Código Procesal Penal –es de tener presente, asimismo, lo que en su día resolvió sobre el alcance del recurso de casación la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la Sentencia Casal de veinte de julio de dos mil cinco–. Como punto base es de reiterar que lo que se exige, en clave convencional, es que se pueda reexaminar la declaración de culpabilidad y la condena (la sanción impuesta), dejando al legislador amplia libertad para su configuración en el derecho interno [ARANGÜENA FANEGO, CORAL: *El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal*. En: AA.VV.: *La Europa de los Derechos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 254].

∞ Es verdad que en nuestro sistema procesal penal existen sensibles diferencias entre el recurso de apelación y el recurso de casación en materia del control del juicio de hecho o *quaestio facti*. El órgano de apelación actúa como juez del proceso y el órgano de casación como juez de la sentencia. El control, desde sus posibilidades de examen, recae en objetos distintos: la apelación indaga si la valoración pondera correctamente la fuerza de la actividad probatoria desplegada en el plenario, en cambio la casación examina la motivación de la sentencia –siendo a estos últimos efectos, distinguir entre control de la decisión, más propia de la apelación, y control de la motivación, específica de la casación– [IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, ARA Editores – Ediciones Olejnik, Lima/Santiago, 2018, p. 265]. Además, por ello mismo, el Tribunal Superior puede cambiar el juicio de hecho, no así el Tribunal Supremo, sin que ello disminuya en su esencia revisar la propia declaración de culpabilidad y, en su caso, la legalidad de la sanción penal impuesta. En la actualidad, empero, se tiene claro que existe un nexo dialéctico entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, están entrelazados de manera indisoluble: el hecho se observa desde la visión que nos ofrecen las normas; y, de otro lado, que desde la motivación fáctica el control de la casación ingresa el fondo de los hechos del caso

[PASSANANTE, LUCA: *El Tribunal Supremo Italiano a cien años de la “Cassazione Civile”*. En: AA.VV.: *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Ibidem, pp. 48-51].

∞ Con independencia del examen en casación de los defectos procesales en materia de actuación probatoria y respecto de las reglas de deliberación, votación y pronunciamiento de la sentencia, en suma, de *vitiums in procedendo*, es posible un examen riguroso de una sentencia desde tres garantías procesales: **1.** Presunción de inocencia –sin duda, la más amplia; artículo 2, numeral 24, literal e) de la Constitución, para el imputado condenado–, **2.** Tutela jurisdiccional (derecho a una sentencia de fondo fundada en derecho: artículo 139, numeral tres, de la Constitución, para una sentencia absolutoria), y **2.** Motivación: falta de motivación y motivación ilógica (artículo 139, numeral 5, de la Constitución, para ambas clases de sentencia), al amparo de las causales previstas en los incisos 1 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Lo que indagará el Tribunal Supremo, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, es si se presentan patologías de motivación. Apunta IACOVIELLO que la motivación, como garantía constitucional, asume como cometido tanto justificar que la decisión judicial sea correcta, como que ésta se corresponda con el juicio, con sus resultados y actuaciones del mismo; y, por tanto, como resalta IGARTUA, se examina la relación existente: **(i)** entre decisión y motivación, desde una lectura del propio fallo: motivación intra textual; y, también, **(ii)** entre decisión y juicio (fallo y pruebas actuadas en el plenario): motivación extra textual. Se da, pues, un control sobre la completitud y exactitud de los datos ofrecidos por el juicio (de ser necesario se confronta la sentencia con las actas del juicio); y, además, un control sobre su consistencia discursiva y racional de la sentencia [IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Ibidem*, p. 268]. Es de acotar que, jurídicamente, en materia de sentencia de vista condenatoria, el examen del juicio de hecho se centra en la garantía de presunción de inocencia y en materia de absolución el examen se focaliza en la garantía de tutela jurisdiccional efectiva [cfr.: SSTSE 1087/2010, de veinte de diciembre; y, 586/2010, de diez de julio], y lo hace desde una perspectiva externa, sin reemplazar la valoración interna de la prueba realizada por el juez de apelación por la suya propia; el control de la presunción de inocencia no supone una nueva valoración de la prueba, sino un examen de su correcta utilización y valoración por el Tribunal Superior (STSE 52/2008, de cinco de febrero): es un juicio sobre el juicio.

∞ Cuando se examina el cumplimiento de la garantía de presunción de inocencia, desde el motivo de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal), respecto de la impugnación de una sentencia condenatoria, materia de este caso (artículo 2, numeral 24, literal ‘e’, de la Constitución); y, conforme a su desarrollo legal estipulado en el artículo II, numeral 1, del Título Preliminar del Código Penal, el examen casacional puede versar sobre lo siguiente: **A.** La motivación debida del juicio de culpabilidad o juicio histórico, conforme a las reglas de la sana crítica racional (ex artículo 158, apartado 1, del Código Procesal), lo que constituye un requisito interno de la sentencia, al punto que la motivación ha de ser, incluso, extra textual, entre la parte informativa de la motivación y los materiales del juicio). **B.** La

presencia de suficiente actividad probatoria de cargo (prueba en sentido material y de carácter inculpatoria a nivel objetivo y subjetivo –del hecho y de la responsabilidad penal del imputado, de todos los elementos esenciales del delito–, si el juicio de culpabilidad está objetivamente justificado, en función a un auténtico vacío probatorio), obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (prueba lícita) –reglas de prueba–. C. El estándar de prueba que excluye la duda y fija un alto nivel de acreditación de la culpabilidad desde el material probatorio disponible, al punto, como sostiene FERRER, de permitir descartar la hipótesis defensiva y consolidar, con exclusión de aquella la hipótesis acusatoria –la hipótesis que se considere probada debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación– [FERRER BELTRÁN, JORDI: *Prueba sin convicción*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 209]. El Tribunal Supremo en este caso no solo tendrá como base la sentencia de vista sino las actuaciones del proceso a fin de controlar que exista una adecuación entre decisión y juicio (examen de los materiales probatorios para establecer si existe o no omisión de una prueba decisiva, tergiversación del elemento de prueba de un concreto medio de prueba o, en su nivel más grave, fabulación respecto a un elemento prueba –mención y ulterior valoración de un medio de prueba inexistente–, así como verificación de las reglas de prueba y de juicio que exige la presunción de inocencia en su ámbito de determinación del juicio de hecho).

∞ De otro lado, si solo se invoca el motivo de casación del artículo 429, numeral 4, del Código Procesal Penal (artículo 139, numeral 5, de la Constitución), el examen casacional, con independencia de la parte resolutive del fallo, examinará la motivación o argumentación contenida en la parte considerativa del mismo, indagando la presencia de alguna patología de motivación, alusivas tanto (A) a las patologías entre motivación y decisión (1. Motivación omitida: omisión formal de valoración y justificación de la decisión. 2. Motivación incompleta o parcial: no satisface el requisito de completitud, de significados realmente justificativos de los enunciados formulados –existen unas seis variantes de esta patología: aparente, ficticia, impertinente, contradictoria, oscura y pletórica–); cuanto (B) a las patologías circunscriptas a la motivación como discurso argumentativo (1. Motivación insuficiente, referida a la existencia de argumentos justificativos, de suerte que no se sabe la razón o el por qué una prueba ha sido considerada inatendible o cuando no se explican las reglas de la sana crítica utilizadas. 2. Motivación ilógica, referida a la contravención en el ámbito de las inferencias, en función a las leyes de la lógica, las leyes científicas y las máximas de la experiencia).

∞ Cabe enfatizar que la revisión casacional no tiene el mismo nivel de intensidad cuando la sentencia de vista confirma la sentencia condenatoria de primera instancia, que cuando la sentencia de vista revoca la sentencia absolutoria de primera instancia, precisamente por los derechos fundamentales en juego –en esta última está informada

por la garantía de presunción de inocencia—. Tampoco lo será, claro está, cuando solo recurren en casación las partes acusadoras, pues ellas no pueden invocar a su favor la garantía de presunción de inocencia, solo la garantía de tutela jurisdiccional (STCE 23/2008, de once de febrero), que como consecuencia de la interdicción de la arbitrariedad solo pueden revisarse las inferencias probatorias (punto “B” del párrafo anterior): STSE 342/2010, de quince de abril).

* **I.** En el caso de una sentencia condenatoria, ratificatoria de la primera instancia, el control casacional, cuando se trata de la presunción de inocencia, al haber mediado un recurso de apelación, solo apreciará: **1.** Si el Tribunal Superior, al examinar la sentencia de primera instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden. **2.** Si no se ha incurrido en una patología de motivación fáctica, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones. **3.** Si se utilizó prueba lícita y actuada con las debidas garantías. **4.** Si se incurrió, respecto de las inferencias probatorias, en una vulneración de las reglas de la sana crítica (motivación racional). Así se pronunció, por ejemplo, la STSE 98/2020, de cinco de marzo.

* **II.** En el caso de una sentencia de vista condenatoria que revocó la sentencia absolutoria de primera instancia, vista la exigencia convencional, así interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es indispensable que el examen del recurso de casación desde la garantía de presunción de inocencia sea más amplio, por lo que ha de comprender todas las exigencias planteadas en el cuarto párrafo de este fundamento jurídico, incluyendo las indicadas en este quinto párrafo.

SÉPTIMO. Que, en consecuencia, dos conclusiones es de rigor afirmar.

∞ **Primera**, que es posible la condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia, conforme lo autoriza el artículo 425, numeral 3, literal b), del Código Procesal Penal. Luego, en principio, el Tribunal Superior de La Libertad no violó la legalidad constitucional y ordinaria al emitir una sentencia de vista condenatoria.

∞ **Segunda**, que el recurso de casación nacional, entendido ampliamente, y según lo que se ha indicado en los fundamentos jurídicos tercero al sexto de la presente sentencia casatoria, es lo suficientemente extenso para revisar el juicio de culpabilidad y el juicio de punibilidad –la determinación de la sanción penal– (vid.: SSTC 861-2013-PHC/TC, de 23 de enero de 2018 y 1075-2018-PHC/TC, de 6 de abril de 2021); no hace falta crear otro recurso adicional y similar al de apelación, impropio para nuestro ordenamiento judicial que en lo Penal se configura en tres niveles de competencia funcional y sin base en nuestro sistema de derecho romano germánico). Esto es así porque las exigencias del artículo 14, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la revisión vía impugnativa, no puede interpretarse como una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando (examinando o escrutando) la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la sanción penal, en el caso concreto [GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Constitución y Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009, pp. 198-199]. Luego, es absolutamente viable

examinar, conforme a este criterio amplio, el juicio de culpabilidad y la pena dictada por el Tribunal Superior de La Libertad, sin que ello signifique limitar el derecho del imputado a un recurso efectivo.

∞ Cabe acotar que, si se sigue una anterior jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, materia de la Decisión Gomariz Valera vs. España, de veintidós de julio de dos mil cinco –a la que se acoge la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque no el Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, que exige ante una condena, más allá que la imponga el Tribunal de Apelación, ha de existir otro recurso para que esa condena sea revisada; y, tal examen, desde el juicio de hecho y el juicio de derecho, es lo que se puede hacer con eficacia mediante el recurso de casación nacional, conforme al artículo 429, incisos 1 y 4, del Código Procesal Penal.

§ 4. DE LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR

OCTAVO. Que los artículos 422 al 425 del Código Procesal Penal regulan, en lo pertinente, la admisión de medios de prueba en segunda instancia, el emplazamiento y condiciones para la instalación de la audiencia de apelación, y el límite de valoración del elemento de prueba por el Tribunal Superior en sede de apelación.

∞ Desde el principio devolutivo parcial (*tantum devolutum quantum appellatum*), que debe respetarse acabadamente al estar referido a las pretensiones impugnatorias de las partes procesales y ser una vía opcional o facultativa, cabe puntualizar que en el presente caso **(i)** no se ha cuestionado la admisión de medios de prueba en segunda instancia ni su actuación en la audiencia de apelación. Por otro lado, en la audiencia de apelación estuvieron presentes, como correspondía, los imputados recurridos, los mismos que, a continuación, invocaron su derecho al silencio; y, solo hicieron uso de su derecho a la última palabra los encausados Espinoza Quispe, Quispe Gonzales y De la Cruz Castañeda (párrafo 209 de la sentencia de vista) –no se afectó su derecho de audiencia ni otro derecho instrumental de la garantía de defensa procesal, y se les dio la oportunidad de responder a los cargos en su contra–. **(ii)** La formación de la prueba en segunda instancia (personal y pericial) tampoco ha sido objetada.

∞ Solo se censura **(1)** que la Sala Superior habría evaluado pruebas actuadas en primera instancia, bajo el entendido que solo puede apreciar las pruebas ejecutadas y debatidas en el juicio de apelación; además, **(2)** que se valoró pruebas no cuestionadas en el recurso de apelación ni introducidas en el juicio de apelación.

NOVENO. Que los medios de prueba ofrecidos en segunda instancia están indicados en los párrafos sesenta y uno al sesenta y dos de la sentencia de vista. Se actuaron los siguientes: **(i)** quince testimoniales (entre ellas, cinco de testigos con Códigos de Reserva); **(ii)** cinco exámenes a peritos (entre peritos químico, balísticos y médicos legistas, incluyendo un debate pericial entre los peritos Avalos Cordero –químico– y Rocha Rojas –balístico–); y, **(iii)** la oralización de cuatro actas de recojo de armas de fuego, una pericia de restos de disparos RD-425, un oficio que informa sobre no homologación, tres informes elaborados por la Policía, un Parte Policial (842-2007),

una acta de inspección técnico criminalística 834-2007 –esta última prueba documentada al igual que la primera–, hoja resumen elaborado por la Fiscal Cecilia Olivia Zavaleta Corcuera, acta de apertura de muestras de los occisos Reyes Saavedra y Enríquez Lozano y el Informe de la Inspectoría General de la Policía Nacional 302-2008-IGPN.

∞ Es de resaltar, sobre la actuación probatoria, que **(A)** catorce testigos que declararon en la audiencia de apelación también lo hicieron en la audiencia de primera instancia; que solo declaró un testigo nuevo la señora Betsy Lozano Esquivel; que no declararon en apelación Juan Enríquez Lozano, María Gómez Sandoval y Nora Meza Mendoza, quienes sí lo hicieron en primera instancia. Asimismo, **(B)** fueron examinados en la audiencia de apelación cinco peritos que ya lo habían sido en la audiencia de primera instancia, con excepción de tres peritos: Dani Umpide Molina, Ismael Flores Bueno y Hugo Castro Pizarro, que solo lo hicieron en el juicio de primera instancia. Finalmente, **(C)** en primera instancia se oralizaron no solo las cuatro actas de levantamiento de cadáver, el oficio 1083-2007-DEPINCRI-NORTE-LE y recaudos (acta de intervención y acta de apoyo), el oficio 181-2009-a-DMEDP y anexos, la inspección técnico balística, las pericias balísticas y los planos de distribución del distrito de El Porvenir y zonas aledañas, sino también los protocolos de necropsia, actas de exhumación de cadáveres, pericias médico legales y el conjunto de pericias toxicológicas, de restos de disparo de arma de fuego y de balística forense. Cabe resaltar como documentos nuevos en segunda instancia la oralización de la hoja resumen elaborada por la Fiscal Cecilia Olivia Zavaleta Corcuera –sin perjuicio de su declaración en el juicio de segunda instancia– y el Informe de la Inspectoría General de la Policía Nacional 302-2008-IGPN (folios cuarenta y nueve a cincuenta y uno de la sentencia de primera instancia, y folios veintinueve y treinta, párrafos sesenta a sesenta y dos, de la sentencia de vista).

DÉCIMO. Que, como ha quedado expuesto, el Tribunal Superior ha tenido frente a sí un material probatorio formado en su sede, el cual está autorizado apreciarlo autónomamente –específicamente la prueba personal de testimonial–. Asimismo, está facultado para apreciar autónomamente la prueba pericial y la prueba documental y documentada actuada y oralizada ante él–. De igual modo, respecto de la prueba personal no formada en su presencia, en orden a su resultado probatorio según lo estimado por el Juzgado Penal, el Tribunal Superior eventualmente puede descartarlo si una prueba actuada en segunda instancia la contradice. Este es el ámbito del poder de revisión del Tribunal Superior, conforme al artículo 425, apartado 2, del Código Procesal Penal. En consecuencia, el límite infranqueable al examen probatorio de la Sala Penal Superior es la prueba personal no actuada en su presencia, con intermediación, de suerte que en función a la prueba pericial, material, documental, preconstituida, anticipada y por comisión tiene autoridad para apreciarla autónomamente, así como a la prueba actuada en su presencia. Como tal, y en esos marcos, puede modificar el juicio de hecho o histórico de la sentencia de primera instancia, para lo cual en la

audiencia de apelación han de haber estado presentes los imputados recurridos, lo que sucedió en el *sub-judice*.

∞ El recurso de apelación nacional, por su propia naturaleza, tiene por objeto una operación de revisión a cargo del Tribunal Superior, sobre la justicia o injusticia de la sentencia apelada –es un medio de gravamen cuando se dirige contra sentencias–; y, el objeto de la revisión, a tono con el modelo que se configuró en nuestro sistema procesal, es la propia sentencia apelada, el material aportado en primera instancia (la segunda instancia es control y no creación: *Kontrollierend, nichttt kreativ*, como apuntó KLEIN) –aunque se extendió a la actuación de la denominada “prueba complementaria” y a la posibilidad de sustituir el fallo de primera instancia– [COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ta. Edición, Editorial IBDEF, Buenos Aires, 2002, pp. 288-290]. Es, pues, una nueva valoración y enjuiciamiento sobre el mismo objeto y con la ayuda del mismo material del juicio emitido en la primera instancia; analiza los materiales probatorios producidos en la primera instancia [ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, PEDRO: *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 25] –con las excepciones en orden a la prueba complementaria según ya se expresó: ex artículo 422, apartados 2 y 5, del Código Procesal Penal–.

∞ Siendo así, no es de recibo cuestionar que el Tribunal Superior evaluó prueba de primera instancia. Precisamente, la función revisora se centra en ese análisis, sin perjuicio de ampliarlo con la prueba actuada en segunda instancia. Distinto es el caso, por cierto, si el Tribunal Superior habría apreciado, para cambiar el juicio de hecho, una prueba personal decisiva de modo diferente al resultado probatorio que fijó el Juzgado Penal, y sin que la prueba actuada ante él tenga entidad para descartarla. Esto último no ha sido cuestionado.

∞ La prueba apreciada por el Tribunal Superior, precisamente, es la legítimamente incorporada, tanto en el juicio de primera instancia como en el de apelación, de suerte que se cumplió con el artículo 393, numeral 1, del Código Procesal Penal. Por lo demás, es de resaltar que el Tribunal Superior realizó una amplia actividad probatoria autónoma en segunda instancia y, esencialmente, se sustentó en el material probatorio recopilado, actuado en contradicción e inmediatez, para emitir la sentencia de vista impugnada. De hecho, ninguna información relevante ha sido extraña al enjuiciamiento del objeto del debate, por lo que jurídicamente tiene el carácter de prueba introducida legítimamente –todo ello forma parte del material probatorio disponible y, desde el juicio histórico, podía y debía examinarse–. Como ya se anotó, no se cuestionó que alguna prueba fuera ilícita o que se actuó o formó incumpliendo las garantías procesales, constitucionales y ordinarias, correspondientes.

∞ Es, por tanto, un error conceptual, desde la pretensión impugnatoria en casación, sostener que el Tribunal Superior no puede ni debe desvincularse, ignorar y pasar por alto el razonamiento del juez que dictó la sentencia de primera instancia objeto de reexamen. La ley permite un reexamen de la prueba al órgano de apelación, bajo un solo límite: no modificar el resultado probatorio dado a la prueba testifical, la cual en todo caso puede desestimarla en función a la prueba actuada en segunda instancia o

cuando su valoración vulnere manifiestamente las reglas de la sana crítica y presente una motivación falseada o fabulada desde la interpretación del medio de prueba.

∞ Este motivo debe desestimarse y así se declara.

UNDÉCIMO. Que, además, se cuestionó la sentencia de segunda instancia porque, según los impugnantes, se introdujo cuestiones ajenas a la acusación y enjuiciamiento de primera instancia, así como al recurso de apelación. Ello importaría, siguiendo el hilo conductor de la pretensión impugnatoria de los acusados, una incongruencia *ex petita* que originaría la nulidad del fallo.

∞ Se sostiene que el Tribunal Superior dio por probado que el operativo policial fue ilegal e irregular. Es de resaltar que con este efecto la Fiscalía Superior incorporó dos medios de prueba, admitidos por el Tribunal Superior: declaración de la Fiscal Zavaleta Corcuera y el Informe 302-2008-IGPN.

∞ Sobre este punto cabe señalar que el Fiscal en la acusación oral –en la que, como se sabe, se introduce de modo definitivo la pretensión penal– mencionó que se trató de una intervención policial no justificada, que se atentó contra personas sin antecedentes penales (solo una tenía antecedentes policiales) y que ese operativo no contó con la intervención del Ministerio Público –el Informe Resumen formulado por la Fiscal Provincial Corcuera Zavaleta, oralizado en el plenario de primera instancia, así consta, al punto de consignar que se le convocó cuando todo estaba consumado y ya se habían levantado las actas correspondientes– [folios cincuenta y uno a cincuenta y seis de la sentencia de primera instancia]. Por lo demás, no consta en las actas respectivas la intervención de la Fiscalía Provincial.

∞ La Fiscal Provincial Zavaleta Corcuera declaró en el juicio de segunda instancia y se oralizó el Informe 302-2008-IGPN. Ambos medios de prueba se ofrecieron oportunamente y se admitieron sin cuestionamiento de parte, por lo que, en atención al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, tal situación no puede ser, en esta sede casacional, objeto de queja vía recurso de casación.

∞ Sobre el elemento de prueba que se desprende de ambos medios de prueba el Tribunal Superior estimó que el operativo policial se hizo sin observar las normas de cuidado que garantizan el desarrollo de la actuación policial dentro de los parámetros de constitucionalidad y legalidad; que el operativo fue irregular y, antes, que no contó con la aprobación e intervención del Ministerio Público.

∞ Es de señalar que si bien el suceso histórico materia de acusación es inmutable –el juez está vinculado a él–, ello solo significa que éste en sus aspectos esenciales de ejecución debe mantenerse y guardar identidad, así como que debe guardar armonía básica con las exigencias típicas del delito correspondiente. No se trata de una identidad absoluta sino de una esencial o fundamental, lo que deja en libertad al órgano judicial, desde el material probatorio disponible, para excluir algunos pasajes del relato fáctico o para incluir otros con el fin de precisar los contornos del hecho y dar cuenta con mayor puntualidad de la relevancia penal del mismo. Ello no importa incluir un nuevo hecho prohibido al margen de la calificación jurídica, tergiversar los términos del objeto procesal –introducir, en suma, una alteración de los elementos

básicos identificadores de la pretensión penal—. Lo que está prohibido es valorar hechos con relevancia jurídica penal no incluidos en la acusación (STSE 1126/2010, de catorce de diciembre).

∞ Los elementos de prueba que permitieron al órgano judicial de segunda instancia cuestionar el operativo policial se desprenden de medios de prueba propuestos, admitidos, actuados y alegados por las partes en el plenario. Además, el fiscal en el juicio de primera instancia, como se anotó, cuestionó el operativo policial y, desde la prueba actuada en segunda instancia, el operativo fue, además, objetado desde su propia configuración y decisión de ejecución. No se ha vulnerado, entonces, el principio acusatorio en su aspecto de vinculación temática. Luego, este motivo casacional no puede prosperar.

DUODÉCIMO. Que, desde el material probatorio disponible, en buena cuenta se cuestiona si la declaración de culpabilidad cumplió las reglas de prueba y de juicio de la garantía de presunción de inocencia. Es de partir, sobre este punto impugnativo, como se ha venido sosteniendo reiteradamente, que en sede de segunda instancia lo único que no se puede evaluar autónomamente (alterar el resultado probatorio individualizado) es la prueba personal formada con inmediatez y contradicción en el juicio de primera instancia. ∞ Es importante destacar que en el *sub-judice* el Tribunal Superior utilizó, esencialmente, la prueba actuada ante él: testimoniales, exámenes a los peritos y prueba documental y documentada, sin perjuicio de los informes periciales y demás prueba documental y documentada actuada en el juicio de primera instancia.

DECIMOTERCERO. Que, ahora bien, 1) la existencia del operativo policial no está en discusión: así lo precisa el Acta de Intervención Policial, que da cuenta de tal situación, así como lo que indicaron siete testigos que presenciaron la movilización policial en diversas zonas de la ciudad de Trujillo. Éste es un marco fáctico de especial importancia para la calificación jurídico penal de los hechos, incluso desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

∞ 2) Los cuatro agraviados (personas jóvenes, sin antecedentes penales: solo el agraviado Enríquez Lozano, que tenía antecedentes policiales) fueron detenidos, sin orden judicial ni flagrancia delictiva: tres en su casa y uno en la vía pública, y subidos a una unidad policial; hecho ocurrido entre las veinte horas y treinta minutos hasta las veintiuna horas y treinta minutos, y los sucesos de intervención se suscitaron en la Zona Este, a cargo del imputado que en vida fuera el Comandante PNP Elidio Espinoza Quispe, con la intervención de los siete restantes imputados, efectivos policiales todos ellos. La prueba aportada es testimonial. Se trata de un conjunto de dieciséis testigos que, en lo esencial, dan cuenta que los imputados fueron capturados y con vida conducidos a las unidades policiales. La credibilidad y eficacia probatoria de estas testimoniales es positiva tanto porque son personas vecinas del lugar, incluso familiares, quienes presenciaron con puntualidad a los agraviados cuando estaban privados de libertad bajo sujeción policial —en todo caso, como las acciones policiales se suscitaron en lugares concretos es obvio que de ellas solo podían dar cuenta vecinos

y familiares—; cuanto porque sus exposiciones fueron claras y denotaban firmeza, no evidenciaban contradicciones relevantes y eran coherentes internamente. Además, los testigos tuvieron acceso a los hechos por razón de su propia vecindad y han dado cuenta, objetivamente, de lo que observaron; y, no hay retractación de sus testimonios en ninguna de ellos, así como sus versiones no son contrapuestas y se enlazan entre sí.

∞ 3) No consta prueba que permita considerar siquiera la posibilidad de un enfrentamiento (de un fuego cruzado) —supuestamente acontecido en tres escenarios: cuadra tres de la calle Sinchi Roca, inmediaciones de la avenida Sánchez Carrión y Lorenzo Farfán, y cuadra cinco de la calle Ángeles (el supuesto ataque habría ocurrido en los dos primeros escenarios)— como sugirió la aludida Acta de Intervención Policial. Es importante destacar, como hecho relevante, que los orificios causados en la camioneta policial, como consecuencia del supuesto enfrentamiento, no son compatibles con las armas encontradas en el teatro de los hechos y utilizadas por los atacantes (acta de recojo de armas) —no se halló, según la Inspección Técnica Criminalística, ningún casquillo de la pistola marca Larsin de los maleantes hallada en el lugar de los hechos—, donde además no se hallaron rastros de sangre compatibles con la magnitud de las lesiones sufridas por aquéllos (Inspecciones Criminalísticas: Parte 834-2007-III-DIRTEPOL y Parte 842-2007-III-DIRTEPOL). Los orificios que presentaba la camioneta policial eran, por su dimensión, de calibre nueve milímetros y/o treinta y ocho, que son municiones de uso policial. La prueba pericial balística es contundente al respecto [pericias balísticas (Inspecciones Técnico Balística) 576-2007 y 561-2007]. De otro lado, la pericia balística 562-2007, realizada en la moto supuestamente utilizada por los delincuentes agresores presentó tres orificios de entrada con una trayectoria incompatible con una lógica de enfrentamiento.

∞ 4) Un ámbito esencial en la lógica de ausencia de enfrentamiento y asesinato de los agraviados está referido a la determinación de que los disparos que sufrieron lo fueron a corta distancia. Ello se define pericialmente, valorando las pericias químicas, médico-legales y antropológicas forenses. Así:

* **A.** Fluye de los certificados médico legales realizados en el cuerpo de los agraviados, que ellos recibieron entre dos y cinco disparos cada uno que les produjeron heridas perforantes, y en muchos casos con una trayectoria de atrás hacia adelante (Enríquez Lozano, incluso, sufrió impactos en la parte interna de los miembros inferiores), lo cual descarta un enfrentamiento directo, más aún si se dice que los delincuentes no bajaron de la moto de donde disparaban. Pero, de otro lado, es verdad que constan en autos las pericias de absorción atómica realizadas en las manos de los agraviados.

* **B.** Los pronunciamientos tóxico-forenses 005-T-2009-IML y 007-T-2009-IML, sobre las vestimentas de los agraviados Reyes Saavedra y Enríquez Lozano a cargo del perito Ávalos Cordero, y lo que expresó en la audiencia de segunda instancia, concluyeron que los disparos fueron a corta distancia. Empero, el perito balístico Rocha Rojas puntualizó que los disparos presentados en el cuerpo de los occisos fueron realizados a larga distancia. Esta diferencia está en función al objeto de análisis y al método utilizado —se cumplió con realizar en segunda instancia el debate pericial pertinente—. La presencia de *interface* es determinante, como lo dijo la perito médico

legal Ibáñez Castillo, pues en la prendas examinadas por el perito Ávalos Cordero se encontraron las huellas características de los disparos, y la pericia de Rocha Rojas se limitó al examen del cuerpo de los agraviados. Además, la pericia de Ávalos Cordero, está confirmada tanto por el dictamen pericial de patología forense 2008004006196 y pronunciamiento médico forense 01-09, a cargo del perito Castro Pizarro, respecto del caso del agraviado Mariños Ávila; como por el dictamen pericial de antropología forense 000648-2008, recaído en ese mismo agraviado, circunscripto en el análisis del tejido óseo y en función al proceso de energía cinética que produce el fogonazo y la entrada a la piel impregnando pólvora en el hueso, que con la fuerza rompe el tejido óseo. Es de aclarar que el cuestionamiento acerca de la ruptura de la cadena de custodia y que no se sabe si los huesos analizados son del agraviado, no tiene consistencia, pues como explicó el perito todo coincide.

* C. Es una regla sólida en materia probatoria que la pericial debe examinarse y que no se puede aceptar sin más sus conclusiones. Ha de utilizarse las reglas de la sana crítica y la valoración se realiza desde los puntos de vista subjetivo y objetivo [CAFFERATA NORES, JOSÉ – HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO: *La prueba en el proceso penal*, 6ta.Edición, Editorial LexisNexit, Buenos Aires, 2008, pp. 94-95]. En primer lugar, es de analizar –desde lo subjetivo– el origen de los peritos: unos de la Dirección de Criminalística Policial y otros del Instituto de Medicina Legal, así como –desde lo objetivo– el objeto peritado y las técnicas y métodos utilizados, así como la firmeza, precisión, coherencia y calidad científico técnica de sus fundamentos. En segundo lugar, es de integrar la prueba pericial, con las demás pruebas recabadas y disponibles. Desde esta perspectiva, como se ha destacado, cabe resaltar el objeto peritado, la coincidencia entre pericias, los métodos utilizados y la compatibilidad de las conclusiones de la prueba pericial con la prueba testifical y alguna prueba documentada (actas de recojo de armas de fuego e Intervención Policial, Inspección Técnica Criminalística, entre otras) y prueba documental (relevantemente, hoja resumen de la Fiscal Zavaleta Corcuera e Informe 302-2008-IGPN).

∞ La defensa ha destacado que la pericia de absorción atómica realizada en las manos de los agraviados (425-2007, a cargo del perito Sánchez Pereda) resultó positiva para plomo, bario y antimonio, lo que revelaría que efectuaron disparos. Empero, ésta se realizó pasadas nueve horas del evento y los policías retuvieron cerca de tres horas a los agraviados una vez que lo detuvieron. Si se tiene en cuenta lo ilícito del operativo policial y las pruebas que revelan que se disparó a corta distancia y que, antes, se les capturó vivos, no es de recibo, como atendible, esa prueba pericial.

DECIMOCUARTO. Que este material probatorio de carácter inculpatario es suficiente para determinar que los agraviados fueron victimados por los imputados en el marco de un operativo policial contra la delincuencia; operativo que no fue planificado convenientemente ni contó con la intervención previa, en la planeación y autorización, del Ministerio Público, así como tampoco con la participación de un pool de fiscales –dada sus dimensiones– para garantizar no solo el cumplimiento de su

finalidad preventiva-ejecutiva contra la criminalidad sino la legalidad y corrección de su ejecución, sin afectar arbitrariamente los derechos individuales de los ciudadanos.

∞ El Informe y la declaración de la Fiscal de Turno en aquella ocasión es determinante de tal conclusión probatoria. Por lo demás, los informes de intervención y actas levantadas no contaron con la participación y firma del representante del Ministerio Público, tanto más si no se trató de una intervención urgente, inusitada y en flagrancia delictiva.

∞ El Informe 302-2008-IGPN da cuenta de que la orden del Comando de la Tercera Dirección Territorial Policial, con sede en Trujillo, para realizar el operativo policial fue meramente telefónica. Si bien recaba una declaración rendida en esa sede administrativa por el que fuera imputado Espinoza Quispe, lo que puede entenderse en ese marco administrativo-disciplinario, lo central no es lo que indicó el referido imputado, sino que no se acompaña, en atención a la envergadura del operativo y a la población que podía ser afectada, una comunicación escrita al respecto o una acreditación objetiva o certificación de la orden telefónica. Además, desde una perspectiva externa, dada su dimensión e importancia, no se contó con una coordinación e intervención del Ministerio Público, situación que, sin duda, le resta solidez y configuración lícita.

∞ Asimismo, las pruebas testimoniales y las periciales citadas y valoradas por el Tribunal Superior, además de lícitas, son coincidentes entre sí, se refuerzan mutuamente, y tienen una evidente calidad incriminatoria. La motivación de la prueba es clara, completa, suficiente y racional. Nada indica que se presentaron vacíos en la apreciación probatoria o alguna omisión relevante de una prueba decisiva con entidad para relativizar las pruebas de cargo y considerar plausible alguna parte del relato defensivo. Finalmente, el grado de corroboración de los enunciados fácticos propuestos por la acusación, el umbral de suficiencia probatoria, desde una concepción racional de la prueba –en términos de JORDI FERRER BELTRÁN–, es de tal magnitud que consolida la hipótesis acusatoria y descarta la hipótesis defensiva; el material probatorio examinado es capaz de explicar los datos disponibles e integrarlos de forma coherente y, además, desecha la hipótesis alternativa de la defensa desde que las pruebas de su posición procesal no le otorgan grado sólido de confirmación [*Prueba sin convicción*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 209].

DECIMOQUINTO. Que, sobre el tema probatorio, finalmente, es del caso responder dos agravios precisos: 1) Aplicación de la prueba por indicios. 2) Omisión de actuación de prueba decisiva.

∞ **1.** La prueba por indicios está reconocida expresamente por el artículo 158, apartado 3, del Código Procesal Penal. Según la regulación legal ésta se circunscribe al objeto sobre el que recae la prueba, y versa sobre un enunciado relativo a otro hecho, que es relevante en tanto puede consistir en la premisa de una inferencia relativa al enunciado circunscripto al hecho típico. En cuanto a sus requisitos internos, cabe destacar (i) la afirmación base o indicio, (ii) la afirmación resultado o afirmación consecuencia (hecho típico) y (iii) el enlace o presunción (regla de la sana crítica aplicada) –es el elemento característico de la presunción que permite el paso del indicio al hecho típico–.

* El Tribunal Superior fijó con toda precisión el conjunto de afirmaciones base (indicios o cadena de indicios) desde la prueba testifical, pericial, documental y documentada lícita –ya resaltada–. Los indicios están en función (i) a lo ilícito de la operación policial, (ii) a la acreditación de que los agraviados fueron capturados ilegalmente y que con vida los condujeron a las unidades policiales, (iii) a que posteriormente –más de tres horas después– ingresaron fallecidos y uno herido de muerte al Hospital local, y (iv) a que presentaron disparos por arma de fuego a corta distancia, descartándose la hipótesis defensiva de un enfrentamiento con fuego cruzado entre los imputados y los agraviados. La apreciación en conjunto de los indicios, configuradores de una cadena de indicios (de capacidad delictiva, de oportunidad, de móvil delictivo y de mala justificación), es sólido y únicamente permite una conclusión: ejecución extrajudicial–. La prueba de los indicios es sólida y se refutó la denominada prueba en contrario. No se enervó que los indicios no se acreditaron o que no están suficiente probados, ni que otro hecho incompatible con los indicios se probó (es lo que se denomina “contraprueba”). Ni siquiera se sostuvo y anunció la existencia de una prueba de lo contrario, ligada al hecho consecuencia o típico, que haría ineficaz la presunción.

∞ 2. En cuanto a la falta de actuación de una prueba decisiva, se tiene que la defensa sostuvo que no se realizó una pericia de homologación entre las armas de fuego utilizadas por los efectivos y los casquillos encontrados en los agraviados, para saber cuál de ellas fue la que disparó y causó la muerte de los agraviados. La ausencia de dicha pericia es un hecho, más allá que la Fiscalía Superior en su alegato final expresó que la Policía realizó una conducta obstruccionista y, por ello, no se pudo concretar esta pericia instada por el Ministerio Público.

* Si bien no se realizó esta pericia, es de tener en consideración que los propios encausados, en el Acta de Intervención, señalaron que ellos, con su armamento oficial, dispararon contra los agraviados, bajo la premisa que se produjo un fuego cruzado cuando aquellos los atacaron disparando sus armas; además, el presunto enfrentamiento se produjo en la Zona al mando del comandante PNP que en vida fuera Elidio Espinoza Quispe. Ahora bien, es cierto que no se conoce con exactitud de qué arma, accionada por alguno de los imputados, provino uno o alguno de los impactos recibidos por los agraviados, pero, desde una perspectiva normativa, tal y como ocurrieron los hechos se trató de una conducta grupal, común o conjunta (mancomunada), de ahí que es de entender que el delito se cometió conjuntamente por todos los imputados como estipula el artículo 23 del Código Penal. En efecto, se dio una competencia común por la realización del tipo delictivo, desde que a su conducta, a cada comportamiento, le alcanzó un sentido delictivo. Todos los imputados, desde una repartición objetiva del trabajo, contribuyeron dolosamente a la realización del delito mediante aportes culpables prohibidos, que dieron como resultado la muerte de los agraviados [vid.: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp.751-755].

∞ El Tribunal Superior ha sostenido que se está ante una coautoría aditiva, que es una modalidad de coautoría (o caso especial de ella, pues no es coautoría correlativa) en cuya virtud los intervinientes realizan al mismo tiempo el tipo delictivo, pero sólo una

de las conductas concretas producirá el resultado típico [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 489]. En este supuesto los sujetos llevan a cabo una conducta que por sí misma realiza el tipo delictivo no se sabe cuál lesiona el bien jurídico protegido [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Ibidem*, p. 754]. En pureza, es de destacar la realización común al hecho típico y la competencia común para ello en el marco de una repartición objetiva del trabajo delictivo, lo que de por sí implica la intervención delictiva de por lo menos dos personas –la coautoría es, por cierto, una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho [BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 4ta. Edición, Editorial PPU, Barcelona, 1994, p. 440]–. La coautoría, pues, está afirmada, más allá de agregarse un adjetivo puramente dogmático, sin mayor relevancia para su configuración.

§ 5. DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL MATERIAL

DECIMOSEXTO. Que, de un lado, los imputados han considerado que actuaron al amparo de una causa de justificación: cumplimiento de deber o, en todo caso, defensa necesaria o legítima defensa, por lo que deben ser absueltos. El punto, específicamente, antes que de Derecho material es de Derecho procesal desde que casacionalmente se requiere un cuestionamiento a los alcances interpretativos del tipo delictivo o a su aplicación (subsunción del hecho en la figura penal) pero en función al hecho atribuido y aceptado por el órgano jurisdiccional. Lo declarado probado en el *sub-lite* es que se intervino ilícitamente a los agraviados y luego se les mató alevosamente (no hubo agresión ilícita de las víctimas). No hubo pues ni un acto de defensa necesaria o legítima defensa ni una actuación en cumplimiento de un deber, que supone una conducta estrictamente respetuosa de los reglamentos y disposiciones que rigen la función policial, lo que sin duda no ocurrió.

∞ De otro lado, es correcto sostener que desde el Derecho Internacional Penal lo ocurrido se subsume en lo que se denomina “Ejecución Extrajudicial” y es considerado, además, como una grave violación de los derechos humanos. Si bien no existen instrumentos internacionales (universales o regionales) específicos que definan expresamente la ejecución extrajudicial, sí existen una serie de normas de ese nivel que permiten su definición (en especial: **1.** Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias, Asamblea ONU, Resolución 44.162, de 15 de diciembre de 1989. **2.** Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias, ONU, 1991. **3.** Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la Ley, Asamblea ONU, Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. **4.** Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, Octavo Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y tratamiento del delincuente de 1990). Se trata, pues, de lo que se conoce como normas de “*soft law*” [HENDERSON, HUMBERTO: *La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina*, Revista de Derechos Humanos, Volumen 43, p. 284].

Según el Relator Especial para este tipo de atentados en su Informe de mil novecientos noventa y seis, párrafo sesenta, son tres los elementos de la ejecución extrajudicial: **1.** Privación arbitraria o intencional de la vida humana. **2.** Cometida por agentes del Estado mediante su acción u omisión, ya sea por su tolerancia o aquiescencia de éstos. **3.** Que viole algunos de los siguientes principios: reserva de ley, debido proceso, tribunal independiente o autónomo, o sin que medie para ello ningún proceso legal real o simulado [ISLAS COLÍN, ALFREDO: *Ejecuciones Extrajudiciales*. En: AA.VV.: *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, Volumen V, 2da. Edición, Ciudad de México, 2016, p. 671]. De hecho existen distintos grados de intencionalidad cuando los responsables son miembros de los cuerpos de seguridad del Estado y cometen el delito en el ejercicio del cargo, sin interesar que se trate de finalidades políticas, pues puede tratarse de ejecuciones como un método o medio de eliminar presuntos o imaginarios delincuentes –que es lo que sucedió en el presente caso–.

∞ En tal virtud, su apreciación requiere de pautas específicas al estar involucrados agentes del Estado (crimen de sistema) con todo lo que ello significa desde la perspectiva probatoria (detección, obtención, aseguramiento, actuación y apreciación probatoria), que a menudo presenta serias dificultades y cursos prolongados de investigación y enjuiciamiento. Es verdad que esta causa ha durado muchos años –se inició en dos mil siete–, pero lo remarcable es que no hubo tiempos muertos imputables al órgano jurisdiccional o pasividad en su diligenciamiento, más allá de que se trató de un proceso complejo y con gran despliegue de los medios de comunicación y de la opinión pública, así como se han producido varias sentencias y anulaciones consiguientes en razón a la apreciación de la numerosa prueba actuada. Esta demora, esencialmente, no ocasionó una alta dificultad a la defensa y no le impidió sostener su posición procesal y aportar y utilizar la prueba favorable a sus pretensiones.

∞ Cabe señalar que nuestra legislación punitiva no incorporó como un tipo delictivo autónomo la ejecución extrajudicial, por lo que lo cometido solo configura un delito de homicidio calificado por alevosía. Es, empero, especialmente relevante que sí se está ante una grave violación de derechos humanos.

DECIMOSÉPTIMO. Que el Tribunal Superior calificó los hechos como delitos de secuestro agravado y homicidio calificado, sin expresas precisiones si se trató de concurso real o ideal –aunque pareciera que se inclinó por lo primero–, así como la concreta modalidad agravada del homicidio –pero desde lo ocurrido se trata de un homicidio por alevosía: se sorprendió a los agraviados, se les detuvo y, desarmados, se les mató–. Está en discusión, en sentido lato, desde la necesaria apreciación del hecho probado desde todos los puntos de vista posibles y siempre en clave de favorabilidad que corresponde al órgano jurisdiccional en el proceso penal, si se trató de un concurso real, ideal o aparente de dos delitos (secuestro con muerte subsiguiente y homicidio calificado); y, además, conforme exigió el Ministerio Público, ante una pena que no se condice, legalmente, con la fijada por el tipo delictivo.

∞ 1. Está probado que en el marco de una operación policial ilícita se privó de la libertad a los cuatro agraviados y, sin ponerlos a disposición de las autoridades penales correspondientes, a las pocas horas se les mató mediante disparos por arma de fuego. El Tribunal Superior expresó que el primer acto fue medial del segundo acto.

* Sin embargo, en pureza, se trata de un concurso aparente de leyes –que, a final de cuentas, es un problema de interpretación– en tanto que una disposición legal comprende toda la ilicitud del hecho antes detallado –se está ante una misma situación de hecho y, aparentemente, confluyen una pluralidad de normas penales–; ésta lo comprende plenamente con exclusión de la otra disposición legal.

* En este caso tal relación se presenta entre el homicidio calificado y el secuestro una relación de consunción o absorción. El desvalor delictivo del homicidio alevoso, según lo ocurrido, conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo del secuestro con muerte subsiguiente (absorción de un hecho menos grave por uno más grave, lesivo del mismo bien, incluso si los respectivos tipos delictivos abstractos contienen elementos y estructural y absolutamente distintos). Aquí el principio de valor utilizado para resolver este caso de concurso aparente es el de absorción y evita el *ne bis in idem* sustancial; invocable, en suma, para excluir el concurso en todas las hipótesis en las que la realización de un delito implica, según el *id quod plerumque accidit*, la comisión de un segundo delito, que, por ello mismo, a la luz de una valoración normativo social, termina apareciendo como absorbido por el primero [GIOVANNI FIANDACA – ENZO MUSCO: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pp.675-676].

* En efecto, todo el operativo, en el caso concreto del Grupo de la Zona Este, apuntó a ubicar a determinadas personas (los agraviados), capturarlas y, luego, ejecutarlas extrajudicialmente. La lógica irremediable de la conducta de los imputados estuvo centrada en perpetrar un homicidio alevoso –a personas indefensas–, concretamente alevosía por desvalimiento pues para ejecutarlos se aprovechó del hecho de que los autores eran policías y los agraviados estaban bajo su custodia y desarmados. Esta modalidad exige dolo directo, especialmente en la apreciación de las circunstancias específicas de la alevosía. Se da, en este delito agravado, un plus de antijuridicidad y culpabilidad (circunstancia mixta), siendo de destacar la revelación de un ánimo tendencial como exponente de vileza y cobardía en el obrar (Cfr.: SSTSE de 24 de octubre de 1988 y de 10 de noviembre de 2011).

* La noción de gravedad no necesariamente se presenta bajo el criterio formal de conminación legal de la pena (cadena perpetua para el delito de secuestro con agravantes: artículo 152, cuarto párrafo, numeral 3, del Código Penal, según el Decreto Legislativo 982, de veintidós de julio de dos mil siete) sino materialmente en función al bien jurídico más importante objeto de tutela y al modo de ejecución delictiva del hecho final: el asesinato. No se trató de un suceso radicado en la privación sin derecho alguno de la libertad de una persona y en la muerte adicional como consecuencia de la privación de la libertad, sino de una muerte planeada en los marcos de una operación policial con lógicas intimidatorias a los individuos

marginales o delincuentes de una determinada localidad. Por tanto, solo se cometió el delito de homicidio calificado por alevosía.

∞ 2. En todo caso, como se anotó *up supra*, la Fiscalía Superior recurrió respecto de la pena impuesta. Es claro, desde la naturaleza del recurso de casación, centrado en infracciones normativas (tanto desde la *quaestio facti* como desde la *quaestio iuris*), solo es posible examinar si el *quantum* de la pena es propiamente ilegal, si infringió una norma penal concreta referida a la medición de la pena. Dentro de ese marco de legalidad imprescindible no es posible examinar lo que desde una línea de discrecionalidad jurídicamente vinculada corresponde al órgano de mérito, salvo que –si y solo si– se está ante una desproporción patente y no respete el criterio básico de la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho cometido.

* Ya se concluyó que solo se trató de la comisión de un delito: homicidio calificado por alevosía. El Tribunal Superior impuso la pena de treinta años de privación de libertad. El mínimo legal por el citado delito es de quince años de pena privativa de libertad (artículo 108 del Código Penal, según la Ley 28878, de diecisiete de agosto de dos mil seis) y la conminación máxima es de treinta y cinco años (artículo 29 del Código Penal, según el Decreto Legislativo 982, de veintidós de julio de dos mil siete). Se les ha impuesto una pena dentro del tercio superior, para lo cual es de tener presente las circunstancias agravantes genéricas respectivas (artículo 46, numeral 2, literales ‘h’ e ‘i’, del Código Penal). No es posible invocar la circunstancia agravante cualificada del artículo 46-A del Código Penal por no haber sido invocada expresamente por el Ministerio Público, de lo contrario se infringiría el principio acusatorio.

* Siendo así, no se presenta un supuesto de imposición de una pena ilegal ni de una pena patentemente desproporcionada.

§ 6. DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 402.2 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

DECIMOCTAVO. Que el Tribunal Superior al dictar sentencia condenatoria decidió no ejecutarla provisionalmente (puntos: tercero y cuarto de la parte resolutive). Tal alternativa fue cuestionada por el Ministerio Público.

∞ El artículo 402, numeral 2, del Código Procesal Penal condiciona la ejecución de la ejecución provisional de la condena (*i*) a la naturaleza o gravedad del delito, y (*ii*) al peligro de fuga (dos presupuestos copulativos). Es cierto que el delito es grave y de especial relevancia al importar una grave violación de derechos humanos, pero el peligro de fuga no necesariamente era especialmente intenso, pues se trataba de procesados integrantes de la Policía Nacional –sin antecedentes–, y el proceso pese a que venía durando largo tiempo, éstos no habían adoptado una actitud procesal de riesgo para la continuidad del juicio.

∞ El tema en análisis no es un problema de presunción de inocencia (ver párrafo doscientos quince de la sentencia de vista) respecto de la determinación del juicio de hecho y en la forma de estructuración del proceso (regulación no ofensiva para el imputado), sino de presunción de inocencia como regla de tratamiento, de suerte que

el precepto en análisis regula una medida de coerción en su función cautelar [cfr.: ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, 6ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 360], de ahí que se incluye como presupuesto el *fumus boni iuris* (imputación ya plasmada en la propia condena) y como requisito el *periculum in mora* (peligro de fuga).

∞ Por tanto, este motivo no puede prosperar.

§ 7. DE LAS CONCLUSIONES CASATORIAS Y DE LAS COSTAS

DECIMONOVENO. 1. Que, en conclusión, debe desestimarse, y así se declara, las causales de casación interpuestas por ambas partes procesales: el Ministerio Público y los acusados. Es de acotar que debe acogerse, parcialmente, el recurso de los imputados, desde una perspectiva de favorabilidad, respecto del delito de secuestro con agravantes, respecto de lo cual cabe adicionalmente una sentencia casatoria rescisoria.

∞ **2.** En cuanto a las costas, no cabe su imposición para el Ministerio Público en virtud del artículo 499, numeral 1, del Código Procesal Penal. Los encausados deben abonarlas en forma solidaria y en un porcentaje equitativo e igual entre sí, en aplicación de los artículos 497, numeral 1, 504, numeral dos, y 505, numeral 2, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR MUERTE** del imputado ELIDIÓ ESPINOZA QUISPE por los delitos de secuestro agravado y homicidio calificado por alevosía. En consecuencia, **SIN EFECTO** todas las decisiones de mérito respecto de él, y **ORDENARON** se archive definitivamente lo actuado en este extremo. **II.** Declararon **FUNDADO**, parcialmente, el recurso de casación, por la causal de infracción de precepto material, interpuesto por la defensa de los encausados Jairo Trinidad Mariño Reyes, Néstor Agustín Castro Ríos, Jimmy Alberto Cortegana Cueva, Wilson De la Cruz Castañeda, Hugo Noé Villar Chalán, Marco Luis Quispe Gonzales, y José Alberto Monge Balta, respecto de la condena por delito de secuestro con agravantes con resultado muerte. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en este extremo; y, actuando en sede de instancia: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza; y, **ORDENARON** se archive definitivamente el proceso en este extremo y se anulen sus antecedentes únicamente respecto del indicado delito. **III.** Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuestos por **(i)** la señora FISCAL SUPERIOR DE LA LIBERTAD, **(ii)** la defensa de los encausados JAIRO TRINIDAD MARIÑO REYES, NÉSTOR AGUSTÍN CASTRO RÍOS, JIMY ALBERTO

CORTEGANA CUEVA, WILSON DE LA CRUZ CASTAÑEDA, HUGO NOÉ VILLAR CHALÁN y MARCO LUIS QUISPE GONZALES, y (iii) la defensa de JOSÉ ALBERTO MONGE BALTA contra la sentencia de vista de fojas tres mil cincuenta, de dieciséis de setiembre de dos mil diecinueve, en cuanto que revocando la sentencia de primera instancia de fojas dos mil cuarenta y uno, de veinte de octubre de dos mil dieciséis, los condenó como autores de la comisión del delito de homicidio calificado por alevosía en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza a treinta años de pena privativa de libertad y al pago solidario por cada agraviado de cien mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista en los extremos antes precisados. Sin costas para el Ministerio Público y con costas para los imputados, que se pagarán solidariamente y con un porcentaje igual y equitativo entre ellos, debiéndose LIQUIDAR las costas por Secretaría; y, fecho: REMITIR las actuaciones al Tribunal Superior para que el Juzgado de Investigación Preparatoria cumpla con su ejecución. **IV. DISPUSIERON** se cursen las comunicaciones respectivas, y se prosiga con la ejecución procesal del extremo condenatorio, por delito de homicidio calificado por alevosía, de la sentencia por ante el órgano jurisdiccional competente. **V. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente a las partes procesales y se publique en la Página Web del Poder Judicial; registrándose. **INTERVINO** el señor Bermejo Ríos por vacaciones de la señora Carbajal Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CSMC/YLPR