CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES
Avenida América Oeste S/N – Mz. "P" Lote 7 - Urb. Natasha Alta – Trujillo.

EXPEDIENTE	: 00295-2008-81-1601-JR-PE-01
ESPECIALISTA	: LUIS MENDOZA ROJAS
PROCESADOS	: MARIÑO REYES, JAIRO TRINIDAD CASTRO RIOS, NESTOR AGUSTIN CORTEGANA CUEVA, JIMY ALBERTO ESPINOZA QUISPE, ELIDIO DE LA CRUZ CASTAÑEDA, WILSON VILLAR CHALAN, HUGO NOE MONGE BALTA, JOSE ALBERTO QUISPE GONZALES, MARCO LUIS
DELITOS	: SECUESTRO AGRAVADO Y HOMICIDIO CALIFICADO
AGRAVIADOS	: ENRIQUEZ LOZANO, VICTOR ALEXANDER MARIÑOS AVILA, CARLOS IVAN REYES SAAVEDRA, RONALD JAVIER ESQUIVEL MENDOZA, CARLOS IVAN
IMPUGNANTES	: FISCALÍA PROVINCIAL DE TRUJILLO ACTOR CIVIL
PROCEDENCIA	: 1° JUZGADO PENAL COLEGIADO DE TRUJILLO
ASUNTO	: APELACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO DOSCIENTOS VEINTISIETE
Trujillo, veintiocho de agosto del dos mil diecisiete.

VISTA Y OÍDA en audiencia de apelación de sentencia, por los Señores magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, **SARA ANGÉLICA PAJARES BAZÁN** (Presidenta de la Sala) **NORMA BEATRIZ CARBAJAL CHÁVEZ** (Directora de Debates y Ponente), **CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ** (Juez Superior Titular); en la cual estuvieron presentes la Fiscal Superior Teresa Wong Gutiérrez; la actora civil Marleni Angelita Ávila Rodríguez y su abogado defensor Máximo de la Torre Navarro, el abogado defensor del imputado Elidio Espinoza Quispe: Godofredo García León; el abogado defensor de los imputados Wilsòn De La Cruz Castañeda, Marco Luis Quispe Gonzales, Jimy Alberto Cortegana Cueva, Jairo Trinidad Mariños Reyes, Hugo Noé Villar Chalan y Néstor Agustín Castro Ríos el letrado William Matta Berrios, el abogado del procesado José Alberto Monge Balta, defensor público Paul Agurto Peralta.

Luis Arturo Mendoza Rojas
Especialista Judicial
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO:

1. Viene a consideración de esta Superior Sala Penal el recurso de apelación interpuesto por la actora civil Marleni Angelita Ávila Rodríguez, a fojas 2185 a 2199 y por el Representante del Ministerio Público a fojas 2201 a 2236; contra la sentencia contenida en la resolución número doscientos trece de folios 2041 a 2154 de fecha veinte de octubre del dos mil dieciséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo, mediante la cual se ABSUELVE A ELIDIO ESPINOZA QUISPE, JOSÉ ALBERTO MONGE BALTA, WILSON DE LA CRUZ CASTAÑEDA, MARCO LUIS QUISPE GONZÁLES, JIMY ALBERTO CORTEGANA CUEVA, JAIRO TRINIDAD MARIÑO REYES, HUGO NOÉ VILLAR CHALÁN, NÉSTOR AGUSTÍN CASTRO RÍOS de la acusación fiscal por los delitos Contra la Libertad en la modalidad de SECUESTRO AGRAVADO en concurso real con el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de HOMICIDIO CALIFICADO en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza.

2. La Fiscal Superior en la audiencia de apelación manifestó que su pretensión es que se **REVOQUE** la sentencia absolutoria venida en grado y reformándola se **CONDENE** a los procesados, por considerar que existe actividad probatoria suficiente que permite fundar un fallo condenatorio.

3. Por su parte la defensa de la actora civil de igual modo solicitó al tribunal de alzada que se **REVOQUE** la sentencia recurrida y en consecuencia se **CONDENE** a los procesados.

4. Como efecto de la apelación interpuesta, la Primera Sala Penal de Apelaciones asume competencia para realizar un reexamen de los fundamentos de hecho y derecho que tuvo el Juez de primera instancia para emitir la sentencia recurrida y en tal sentido se pronuncia como sigue:

II. CONSIDERANDOS:

2.1. PREMISA NORMATIVA:

Del Delito de Secuestro

5. El artículo 152 del Código Penal prescribe que: *"Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin*

Luis Arturo Mendoza Rojas

derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad. (...) La pena será de cadena perpetua cuándo: 1.- El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años. 2.- El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia. 3.- Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto."

Del Delito de Homicidio Calificado

6. El artículo 108 del Código Penal tipifica el delito de Homicidio Calificado – Asesinato, que al momento de la comisión de los hechos prescribía: *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1. Por ferocidad, por lucro o por placer; 2. Para facilitar u ocultar otro delito; 3. Con gran crueldad o alevosía; 4. Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas; 5. Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones."*

De la Valoración de la Prueba

7. El artículo 425° inciso 2 del Código Procesal Penal, establece que la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituída y anticipada, especificando que no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

8. Sobre la valoración de la prueba, el inciso 1) del artículo 158° del Código Procesal Penal, establece que el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. En el inciso 2) precisa que en los supuestos de testigos de referencia, entre otros, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. Finalmente, respecto de la prueba indiciaria el inciso 3 contempla como requisitos: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios

Luis Arturo Mendoza Rojas

contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.

De la prueba indiciaria

9. El artículo 158 del Código Procesal Penal, establece que la prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

De las Causas de justificación

10. Las causas de justificación son aquéllas que excluyen la antijuricidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a Derecho. El catálogo es abierto, pues el número de causas no pueden determinarse de forma definitiva. No sólo están previstas en el artículo 20° del Código Penal sino que pueden ser procedentes de cualquier parte del ordenamiento jurídico, existiendo entre éstas y las normas tópicas, que sólo se dan en el Derecho penal, una auténtica relación complementaria.[1]

Del Principio de la Debida Motivación

11. El artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, prescribe como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite. El Código Procesal Penal en su artículo 393º inciso 2 establece que el Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás; asimismo, el artículo 394º inciso 3 del acotado prevé, como requisito de la sentencia, la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique. El Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho queda delimitado, entre otros, en los supuestos de "(...) *d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista*

[1] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Editora Grijley. 2006.

aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo."

Competencia del tribunal de apelación

12. El artículo 409º inciso 1 del Código Procesal Penal, establece que *"La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante"*; por otro lado, el artículo 419º inciso 1 del acotado prescribe que *"La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la Resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho"*; específicamente en lo relativo a la sentencia de segunda instancia, el artículo 425º inciso 3 literal a) de la norma procesal establece que la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

2.2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES:

13. La representante del Ministerio Público, al exponer sus alegatos finales en la audiencia de apelación, refirió que la muerte de los agraviados no fue producto de un enfrentamiento con la policía sino un asesinato, tal afirmación lo sustenta con las siguientes razones: En relación a ***Carlos Iván Mariños Ávila,*** por los testimonios de su padre, madre y Kelly Ruiz Valderrama, quien vio el momento preciso en que aquél fue intervenido, información de esta última que resulta creíble y tiene coherencia con lo declarado por sus familiares. En cuanto a ***Carlos Iván Esquivel Mendoza,*** se tiene el testimonio de su hermana, del testigo con código de reserva 43 y 42, quienes vieron cuando los policías sacaron al agraviado por el techo de su domicilio, éste era bajo, por lo que no necesariamente se tuvo que producir lesiones en el agraviado, así también la testigo Alina Esquivel Mendoza, quien refirió que su hermano se quedó en la casa con sus sobrinos. Respecto a ***Víctor Alexander Enríquez Lozano,*** resaltó que existen los testimonios de Erika Valverde Vargas, Carla Torres Baltodano, Martha Enríquez Lozano, Juan Carlos Enríquez Lozano, María Julia Gómez Sandoval y de los testigos con código de reserva N° 34, 22 y 15. En síntesis, en todos los casos, existen testigos que observaron el momento en que intervinieron a Carlos Mariños en la calle, a Esquivel Mendoza y Enríquez

Luis Alfredo Mendoza Rojas
Secretario Judicial
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

Lozano cuando fueron sacados de sus respectivos domicilios. En cuanto al agraviado *Ronald Reyes Saavedra,* si bien no puede determinarse el momento en que lo intervinieron, existen dos testimonios que prueban que lo habían intervenido en el trayecto, como el de Martha Enríquez Lozano que visualizó en una de las camionetas a Ronald Reyes apodado "Gallito", testimonio que se corrobora con la declaración de Alina Esquivel Mendoza quien manifestó que cuando recorría las comisarías buscando a su hermano también encontró al papá de "Gallito" buscando a su hijo. Según la Inspección Técnico Policial, en la intersección de las avenidas Sánchez Carrión y Lorenzo Farfán, se encontraron cuatro casquillos de arma de fuego, según la Pericia N° 574 los casquillos pertenecen a un arma de fuego de calibre 9 mm, esta inspección está recogida en el parte N° 847. De acuerdo a lo que aparece en la investigación solamente las armas de los policías tenían ese calibre - 9 mm. En la calle Sinchi Roca donde supuestamente fue el primer enfrentamiento, según la Inspección Técnica Policial se encontraron siete casquillos de diferente calibre, cuatro de 9 mm y tres casquillos de 7.62.

14. Asimismo, informa que de acuerdo a lo señalado por el perito, los casquillos de 9 mm pertenecían a un arma de guerra, y las de 7.62 a un FAL que usan los policías, y los otros siete casquillos de diferentes calibres no corresponden a las armas incautadas, ni de los agraviados ni a las utilizadas por la Policía Nacional. No existe evidencia de enfrentamiento, por cuanto las armas que supuestamente fueron halladas a los agraviados en el **PRIMER ENFRENTAMIENTO** fueron: **una pistola pequeña, una pistola tipo encendedor y un cuchillo**. Y en el **SEGUNDO ENFRENTAMIENTO** donde cayó abatido Esquivel Mendoza, **un arma hechiza y un tubo de doble cañón (proyectil calibre 20)**. En las camionetas de los policías no se encontraron impactos de bala sino de perdigones de diferente calibre, como si se hubieran usado diferentes escopetas con diferentes proyectiles, mientras que ningún agraviado tenía una escopeta. En el segundo vehículo donde cayó abatido Carlos Esquivel, según pericia presenta impactos de bala de 9mm compatibles con los de la Policía Nacional, por lo que resulta imposible que las armas pertenecieran a los agraviados. El Juzgado de primera instancia ha restado valor probatorio a la pericia que indica la trayectoria de los proyectiles que fueron de atrás hacia adelante, asimismo los peritos Castro Pizarro y Danny Humpire, han señalado que los disparos se han efectuado a corta distancia. Las peritos médicos que refirieron que no habían observado signos de disparos a corta

Luis Arturo Mendoza Rojas

distancia, han visto los cuerpos desnudos, y han realizado un estudio macroscópico, pudiendo darse el caso que en un estudio más especializado dé un resultado diferente. Hubo una errónea interpretación del Juez respecto de lo vertido por el perito químico Ernesto Avalos Cordero cuando se refiere a la interfase - según la cual puede cambiar el resultado de las huellas dejadas de los disparos a corta distancia, puede ser un guante, un cuero, una almohada en el caso, los agraviados estaban con la ropa puesta que ha servido de interfase -, el hecho que se haya encontrado un impacto a corta distancia no implica que no haya existido una muerte violenta. El juez señala que existen contradicciones en los testimonios, sin embargo no ha valorado correctamente los mismos, pues no ha tenido en cuenta que la información sobre las horas son aproximadas, según cómo lo percibe el testigo, por las razones antes expuestas solicita se **REVOQUE** la sentencia y REFORMÁNDOLA se condene a los procesados.

15. En su oportunidad, la defensa de la actora civil Marlene Angelita Ávila Rodríguez, refirió que según la tesis defensiva de los procesados se ha tratado de un enfrentamiento, sin embargo no existe ningún testigo que haya visto el referido altercado, además los cuatro agraviados tuvieron proyectiles de bala por la espalda, es decir, los aniquilaron por la espalda, en el caso de Carlos Iván Mariños Ávila ha tenido dos disparos por la espada y a corta distancia. El juzgado de instancia no ha valorado el mérito de la prueba testimonial y menos ha evaluado minuciosamente las declaraciones de los peritos y la prueba documental que en su conjunto permiten acreditar que el occiso Mariños Ávila fue privado de su libertad y luego se le arrebató la vida, por lo que solicita se fije una reparación civil por la muerte de Carlos Iván Mariños Ávila que debe ser establecida de acuerdo a los estándares señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. La defensa del procesado Elidio Espinoza Quispe, manifestó respecto a la supuesta sustracción de la motocicleta de propiedad de Néstor Meza Mendoza, que la testigo Nora Judith Meza Mendoza no pudo explicar cómo estando en su domicilio no pudo darse cuenta cuando irrumpieron bruscamente todo un contingente policial, rompiendo las rejas de su puerta, así tampoco pudo precisar que habiendo denunciado tal hecho, no tenga ningún documento que acredite su afirmación. En relación a la intervención de Carlos Iván Mariños Ávila, alega que si el primer hecho – según postula la fiscalía - que cometieron los procesados fue sustraer la

Luis Arturo M[illegible]za Rojas
Especialista Judicial
Sala Penales de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

motocicleta, cómo se explica que Kelly Ruiz Valderrama vio la segunda intervención, es decir la de Carlos Mariños Ávila una hora antes. Los testigos Marlene Angelita Ávila Rodríguez y Miguel Ángel Olaya Trinidad, tuvieron conocimiento de la intervención de su hijo a partir de la información de terceros, pero no se han aportado elementos de prueba que acrediten lo manifestado por dichos terceros. En cuanto a la intervención de Carlos Esquivel Mendoza, existen contradicciones respecto de la hora de la intervención y la modalidad en que fue intervenido. En relación a Víctor Alexander Enríquez Lozano, según las declaraciones de Karla Torres y Martha Enríquez, a las ocho y media de la noche vieron que efectivos policiales ingresaban a su casa y minutos después pudieron ver la intervención, no dos o tres horas después tal como lo refieren otros testigos. En cuanto a Ronald Reyes Saavedra, la fiscalía reconoce que no se ha podido determinar la hora, así como las circunstancias de su intervención y en qué orden fue intervenido, siendo que no ha rebatido nada respecto a la indebida valoración en este punto. El juzgado en la sentencia - punto seis -, refiere que es poco probable que a cien metros una persona pueda distinguir la morfología de otra que está siendo maltratada. En cuanto a la cadena de custodia, la misma no existió, fiscalía señala que hubieron otros actos que pudieron convalidarla, sin embargo, el Juez señala que efectivamente ésta se había interrumpido. Según el Certificado Médico Legal, los agraviados presentaban disparos sin signos de corta distancia, lo mismo refirió el perito Edgar Rocha - que aún sin ropa pudo determinar que no fueron disparos a corta distancia. El Ministerio Público **no ha presentado indicios respecto a que los agraviados no habían realizado disparos**. En cuanto a la legitimidad de la prueba indiciaria, el artículo 158 del Código Procesal Penal establece que en caso de existir indicios contingentes, no deben existir contraindicios consistentes, en el caso un contraindicio consistente es la cadena de custodia pues, no se sabe si los restos óseos que se enviaron a Lima fueron los de Carlos Iván Mariños Ávila. La Fiscalía ha mencionado hechos del primer y segundo juicio que no son materia del presente, por lo que era imposible que haya habido interfase porque según el perito la diferencia en un disparo de corta y larga distancia con interfase, es la presencia de los tres elementos en el primero y de dos o uno en el segundo, en los agraviados existió solo plomo y bario, aunado a ello, las peritos médicos legistas y el perito Edgar Rocha han determinado que los disparos fueron realizados a larga distancia, de modo que considera que el Ad quo ha realizado un adecuado análisis de la

Luis Antonio Mendoza Rojas
Secretario
Corte Superior de Justicia de La Libertad

prueba actuada en el juicio por lo que solicita se **CONFIRME** la resolución venida en grado.

17. Por su parte la defensa de los acusados Wilson De La Cruz Castañeda, Marco Luis Quispe Gonzales, Jimy Alberto Cortegana Cueva, Jairo Trinidad Mariños Reyes, Hugo Noé Villar Chalan y Néstor Agustín Castro Ríos, invocó en su alegación la aplicación de los principios de presunción de inocencia, *ne bis in idem* y plazo razonable. Considera que no resulta admisible el pedido de revocatoria de la recurrida, porque se estarían afectando principios básicos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuando se dice que la defensa no probó su caso, ello no habilita a que Fiscalía pueda requerir la condena pues se estaría afectando el estándar de prueba de certeza para condenar. No hubo cadena de custodia, no se ha producido individualización en el caso de diez procesados, no se ha tenido en cuenta que estamos en el marco de un operativo policial con conocimiento de la autoridad que se encuentra dentro del parámetro de la ley. No hay grado de certeza absoluta respecto a la responsabilidad penal de los encausados. En un enfrentamiento no se identifica a las personas, la identificación fue posterior, todos los medios probatorios han sido debidamente valorados. Hay contradicciones en los testigos de orden material y natural, por ejemplo ninguna persona vende pan a las once de la noche, así también las pericias han sido valoradas en la sentencia. Señala que se está juzgando nuevamente a sus patrocinados por los mismos hechos, y por los argumentos expuestos solicita que se declaren INFUNDADOS los recursos de apelación y se **CONFIRME** la sentencia que absuelve a sus defendidos.

18. La defensa de José Alberto Monge Balta, invocando la Casación N° 280-2013-Cajamarca, considera que no se puede condenar al absuelto. La representante del Ministerio Público no señala las razones por las cuales el juzgado de primera instancia no ha valorado determinados medios probatorios y no ha referido los derechos que se han afectado. Explica que el procesado Elidio Espinoza Quispe comandaba tan solo un batallón de los diferentes que realizaron el operativo, en esta intervención que ha sido legal, participaron más de cien policías, es preciso tener en cuenta las circunstancias, no las referentes a la hora porque el testigo puede no recordarla con exactitud, pero sí en circunstancias importantes, como las siguientes: varios testigos dijeron que a los agraviados los habían torturado, sin embargo, según el acta de levantamiento de cadáver no tenían ninguna

tortura ni muestra de lesiones; el Ministerio Público se refirió a los impactos en la motocicleta y en la camioneta, sin embargo en el examen realizado por el perito Edgar Rocha, no se puede determinar si los impactos de bala en las motocicletas lineales marca Honda y marca Yamaha fueron hechos con proyectiles de uso civil o militar, y en el caso de los impactos en la camioneta no se puede determinar si los casquillos ocasionaron los orificios en el vehículo camioneta policial PG-0407. Las actas no pueden ser valoradas, para el juzgado de instancia no existen garantías que las prendas sean las mismas que se tuvieron a la vista al momento de realizarse las actas de levantamiento de cadáveres, las declaraciones testimoniales son contradictorias e inconsistentes, no solo en la hora sino en las circunstancias, como el color de la camioneta a la que los subieron y el número de policías, asimismo, el juzgado refiere que estos testigos mencionaban a otras personas que no habían sido identificadas, como en la declaraciones respecto a la intervención de Carlos Mariños, son referenciales, además de contradictorias. Considera que se debió acreditar el rol de su patrocinado. En cuanto a las pericias, el juez ha dicho que no le pueden generar certeza, por ejemplo, el cráneo estaba incompleto, no existió cadena de custodia de los restos del cráneo. El fundamento del voto en discordia del Juez Gutiérrez fue muy genérico, en consecuencia, por los argumentos expuestos considera que la sentencia debe ser **CONFIRMADA**.

19. La actora civil Marleni Angelita Ávila Rodríguez al momento de hacer uso de la palabra, manifestó que existen muchas pruebas que acreditan la responsabilidad de los procesados, conoce todos los puntos donde han llevado, torturado y robado a los agraviados. No ha existido enfrentamiento, ha averiguado en la calle Sinchi Roca y los vecinos le han referido que en ese lugar no hubo ningún enfrentamiento, les pidió que den sus testimonios, pero tenían temor, pues en ese tiempo existía el llamado "Escuadrón de la muerte" que se dedicaba a aniquilar gente, incluso fue amenazada y le ofrecieron dinero para que se quede callada, no existe un solo testigo que diga que hubo enfrentamiento, su hijo no tenía antecedentes y era un joven que se dedicaba a estudiar y trabajar, y lo único que solicita al órgano jurisdiccional es justicia.

Luis Antonio Mendoza Rojas

2.3. ANTECEDENTES DEL CASO.

20. Este caso viene en apelación por tercera vez a las Salas Penales de Apelaciones de esta Corte Superior. La primera sentencia de primera instancia fue emitida el 27 de Setiembre de 2011 por el Juzgado Penal Colegiado conformado por los Señores Jueces César Ortiz Mostacero, Enrique Namuche Chunga y Ruth Viñas Adrianzen, tribunal que resolvió ABSOLVER a los acusados por los delitos imputados. Impugnaron la decisión la Fiscalía Provincial y la actora civil Marleni Angelita Ávila Rodríguez, solicitaron la nulidad de la sentencia emitida, básicamente por una indebida valoración de la prueba actuada en el juicio. Los fundamentos de la sentencia fueron primero que existió una insuficiencia probatoria para acreditar los delitos atribuidos a los acusados y segundo que correspondía a la aplicación de la eximente penal contenida en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal. Dicha apelación fue conocida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones que mediante resolución número veintisiete, de fecha 20 de Abril de 2012 resolvió ANULAR la sentencia dictada contra los procesados. Los argumentos para declarar la nulidad fueron: a) Que el tribunal de instancia no expresó razones o argumentos jurídicos válidos para dejar de valorar el testimonio de los testigos con identidad reservada. b) No valoró adecuadamente las abundantes testimoniales actuadas en el juicio, llegando a una conclusión errada. c) Que no existía ningún argumento jurídico en el Código Procesal Penal para que, a priori, se reste valor probatorio a los testimonios de los familiares de las víctimas, lo cual revela un prejuicio del Colegiado. d) No se valoraron adecuadamente las pericias químicas y forenses, concluyendo erradamente que hubo un enfrentamiento.

21. La segunda sentencia de primera instancia fue expedida mediante resolución setenta y cuatro, del 23 de Julio de 2013 por el Colegiado integrado por los Señores Jueces Jorge Luis Quispe Lecca, Juan Julio Luján Castro y José Manuel Gamboa Cabel. Dicho Colegiado absolvió a los acusados de la comisión de los delitos imputados. Tuvo por acreditados los hechos alegados por el Ministerio Público en lo que respecta a la comisión del delito, descartando la tesis de enfrentamiento entre los procesados y agraviados, sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad penal, concluyó que dada la deficiencia en la imputación necesaria, la prueba actuada en el juicio resultaba insuficiente para determinar que los acusados sean autores de los graves delitos que se les imputa, existiendo deficiencias en la investigación y la imputación. Esta sentencia fue impugnada por la

Luis Arturo Mendoza Rojas

Representante del Ministerio Público requiriendo la nulidad de la sentencia por incorrecta valoración de los medios de prueba y la actora civil solicitó la revocatoria de la condena y reformándola se condene a los procesados por existir suficiente material incriminatorio. La Primera Sala Penal de Apelaciones expidió sentencia de vista mediante resolución ciento doce del 23 de Enero de 2014 ANULANDO la sentencia de primer grado; DISPUSO se remitan copias a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de La Libertad, para los fines pertinentes. Los argumentos para determinar la nulidad de la sentencia de vista fueron los siguientes: a) El Colegiado de primera instancia declinó en su función de administrar justicia aplicando incorrectamente el Derecho, al no valorar conjuntamente con las pruebas directas, los indicios que fueron advertidos por el mismo Ad quo, pese a señalar que la responsabilidad penal de los acusados ha pretendido ser probada por el Ministerio Público con "indicios y evidencias desarticuladas", sin embargo no precisó a qué indicios y evidencias se refiere y porqué considera que carecen de articulación. b) En lo que se refiere a la imputación, el tribunal de apelación señaló que ésta ha de apreciarse en base a las posibilidades de acreditación de las proposiciones fácticas incriminatorias, esto es, que debe atenderse al grado de complejidad de la causa. En consecuencia, la exigencia de precisión especificidad y concreción de la data fáctica y el aporte presuntamente delictivo ha de cumplirse bajo los cánones de la racionalidad en atención a ese estándar de complejidad. Y en el caso, se aprecian circunstancias especiales que el A quo no ha considerado valorar y que evidentemente imposibilitan la precisión que la Corte Suprema y el Colegiado de primera instancia exigen.

22. Mediante resolución número doscientos trece, de fecha 20 de Octubre de 2016, el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Trujillo, integrado por los Señores Jueces Omar Alberto Pozo Villalobos, Carlos Gutierrez Gutierrez y Carlos Zarpán Capuñay, por UNANIMIDAD resolvieron: 1. DECLARAR EXTINTA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA seguida contra los procesados por el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de ABUSO DE AUTORIDAD en agravio del Estado. 2. DECLARAR FUNDADO EL RETIRO DE ACUSACIÓN FISCAL a favor de los procesados ABEL SALAZAR RUIZ Y MANUEL WILMER VILLANUEVA FERMÍN de la acusación fiscal por delito Contra la Libertad en la modalidad de Secuestro Agravado y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de

Luis Arturo Mendoza Rojas

Homicidio Calificado y en consecuencia se SOBRESEA este extremo del proceso. POR MAYORÍA resuelve ABSOLVER a los acusados ELIDIO ESPINOZA QUISPE, JOSÉ ALBERTO MONGE BALTA, WILSON DE LA CRUZ CASTAÑEDA, MARCO LUIS QUISPE GONZÁLES, JIMY ALBERTO CORTEGANA CUEVA, JAIRO TRINIDAD MARIÑO REYES, HUGO NOÉ VILLAR CHALÁN Y NESTOR AGUSTÍN CASTRO RÍOS por los delitos Contra la Libertad en la modalidad de SECUESTRO AGRAVADO y Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de HOMICIDIO CALIFICADO. Se expidió el VOTO EN DISCORDIA del SEÑOR JUEZ DOCTOR CARLOS GUTIERREZ GUTIERREZ en el sentido que se DECLARE a los procesados antes mencionados responsables penalmente como coautores de la comisión de los delitos de Secuestro Agravado y Asesinado por Alevosía en agravio de los precitados agraviados. Siendo esta la sentencia apelada en el presente caso y la cual será objeto de revisión.

2.4. ANÁLISIS DEL CASO

De los fundamentos de apelación del Ministerio Público

23. Ingresamos a evaluar los reparos formulados por la representante del Ministerio Público en el orden que se ha fijado en la sentencia recurrida. Respecto al primer hecho ocurrido el día 27 de octubre de 2007, en el cual los acusados habrían incursionado en la casa taller de zapatería ubicada en la esquina de la Avenida Sánchez Carrión y Asencio Vergara de donde sustrajeron una motocicleta de color amarilla con azul de placa de rodaje MGR-12778 de propiedad de Nelson Meza Mendoza. La fiscalía afirma que se le ha restado todo valor probatorio a la información vertida por la testigo directa Nora Judith Meza Mendoza, quien ha afirmado que el personal policial, entre ellos el procesado Elidio Espinoza Quispe a quien reconoce, se llevaron de su inmueble el vehículo menor. El Colegiado de instancia por su parte, afirma que este hecho no estaría mínimamente acreditado por cuanto el testimonio no le genera credibilidad, carece de solidez y resulta contradictorio. La defensa del procesado Elidio Espinoza señala en torno a este hecho que la testigo Nora Judith Meza Mendoza no pudo explicar cómo, estando en el domicilio, no pudo darse cuenta cuando irrumpieron bruscamente todo un contingente policial rompiendo las rejas de su puerta, así tampoco pudo precisar que habiendo denunciado lo ocurrido, no tenía ningún documento que acredite dicha actuación.

Luis Arturo Mendoza Rojas

24. En relación a la incautación de la motocicleta, de acuerdo al acta de intervención policial N° 3475-2007 del 27 de octubre de 2007 oralizado en el contradictorio, se indica que a las 23:00 horas el personal policial ahora procesados, cuando retornaba de su patrullaje observaron dos personas a bordo de una motocicleta, quienes se dieron a la fuga y dejaron las motos abandonadas, entre ellas la de placa MGR-12778, que según la pericia respectiva (Inspección técnico balística 562-2007) no presentó características de interés balístico. De otro lado como prueba de cargo, tenemos la declaración de la hermana del propietario de la moto, NORA JUDITH MEZA MENDOZA, lo relevante de su testimonio es que refiere que aquél día entre las 21:30 y 22:00 horas estaba descansando en su dormitorio, luego de ver la televisión y quedarse dormida, se despertó al observar que un policía la estaba moviendo, las puertas y rejas de su casa estaban rotas, los policías se llevaron la moto en una camioneta verde, la moto era azul con amarillo, marca Honda, que fueron 20 policías los que intervinieron a bordo de cinco o seis camionetas, y se fueron por la avenida Asencio Vergara, reconoce a Elidio Espinoza, a los otros no, porque estaban con gorras, luego que salieron de su casa escuchó cinco o seis disparos. Agrega que fue a poner una denuncia a la fiscalía, pero que no consta en ningún documento.

25. Los cuestionamientos del tribunal de instancia se enfocan en afirmar que no es lógico que la testigo no haya oído previamente la rotura de puertas y rejas de su casa, que carece de solidez porque dice que le dieron una hoja de demanda sin embargo, también indicó de manera contradictoria que la denuncia no consta en algún documento, además esta versión no se encuentra corroborada. Sobre este punto, es necesario señalar que la valoración de un testimonio debe someterse a las reglas de la sana critica, es decir, las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia conforme lo prevé el artículo 158 inciso 1 del Código Procesal Penal, y en el ámbito jurisprudencial ha quedado establecido que un solo testimonio puede servir como prueba suficiente de cargo, siempre que reúna determinados requisitos, así el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha señalado que las circunstancias que han de valorarse son las siguientes: a) *Ausencia de incredibilidad subjetiva.* Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) *Verosimilitud en el relato,* que no sólo incide

Luis Adrián [illegible] Rojas

en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. c) *Persistencia en la incriminación*, esto es, persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso.

26. Es pertinente tener en cuenta también, que si bien el artículo N° 425 inciso 2) del Código Procesal Penal señala que la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba en segunda instancia, también lo es, que en algunos casos esta limitación se relativiza. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 05-2007- Huaura, en la cual se indicó que *"(...) en materia de valoración de prueba personal es cierto que el Ad quem, en virtud a los principios de inmediación y de oralidad, no está autorizado a variar la conclusión o valoración dada por el Ad quo. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. Agrega que en los casos de valoración de prueba personal en segunda instancia, el Ad quem tiene el margen de control o intervención que está vinculado a la coherencia interna de la valoración realizada por el Ad quo y que tiene que ver con aquello que la doctrina comparada denomina "zonas abiertas". Las zonas opacas son los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación por lo que la valoración dada en primera instancia no es susceptible de revisión; en consecuencia, no es pasible de variación. Las zonas abiertas, sin embargo, son aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del Juzgador de primera instancia que pueden ser objeto de fiscalización a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Este último caso puede darse cuando el Juez Ad qua asume como probado un hecho: Es apreciado como manifiesto error de modo radicalmente inexacto; es oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio entre sí; o, e) pudo ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia. Finalmente, concluye que en la prueba personal, el Ad quem debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo. Teniendo en cuenta ello, el hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre y cuando explicite los motivos por los cuales se decidió de esa forma; para ello, se valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el Ad quo y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado. (...)".*

Luis Arturo Rojas

27. Bajo las premisas citadas, se advierte en lo que atañe al primer requisito de *ausencia de incredibilidad subjetiva*, es importante que el Juzgador al analizar un testimonio, debe tener en cuenta el contexto en el que se han realizado los hechos objeto de prueba, no es lo mismo brindar declaración sobre el hurto de un bien, sobre la falsificación de un documento o en un caso de usurpación, que brindar un testimonio en un caso grave en el cual resultaron cuatro personas muertas en el marco de un operativo policial, en el cual los procesados son funcionarios de la Policía Nacional. Es evidente que en este último caso, que existe un lógico temor y reticencia de los ciudadanos a brindar información sobre los hechos que han percibido. Ahora bien, en concreto, no se ha incorporado información de que la testigo Nora Judith Meza Mendoza conociera con antelación a los procesados ni estos a ella, por tanto se descarta el supuesto de animadversión, encono u odio que pudiera especularse como motivo de la incriminación. Un dato relevante en el caso-afirmado por la fiscalía- es que dicha testigo ha prestado anteriormente su declaración con reserva de identidad, siendo nominada como "Testigo con identidad reservada N°09". En relación a los *testigos con identidad reservada*, debemos señalar que la prueba testimonial es una de las formas para encontrar la verdad de los hechos. Pero el ius punidendi del Estado en pos de tutelar los bienes jurídicos más relevantes puede incluir la validez de ciertas pruebas que si bien permiten llegar a establecer la veracidad, pueden vulnerar el derecho a la defensa que tiene el imputado. En ese contexto se ubica, la valoración del testimonio.[2]

28. Como sabemos el principio de contradicción y el derecho que tiene el acusado a que el interrogatorio de los testigos se efectúe en su presencia, son los pilares que van a regir la práctica de la prueba testifical en general, durante la instrucción y en especial en el juicio oral, puesto que el acusado tiene derecho a oír, directamente las imputaciones que se efectúan en su contra.[3] Las pruebas deben practicarse en principio en presencia del acusado y en audiencia pública, de cara a un juicio contradictorio, sin embargo, en determinadas ocasiones se ha tenido que restringir algunos de los principios que rigen la práctica de la prueba testifical en el plenario-oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, puesto que la testifical practicada con estricto respeto de los mismos podría llevar a situaciones

[2] SANCHEZ VERLADE. pablo. El Nuevo Proceso Penal. IDEMSA. Lima, 2009. p. 248.
[3] MARTIN GARCIA. Pedro y otros. La prueba en el proceso penal. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia. 2000. p. 218. En "La protección de testigos en el proceso penal peruano" PABLO TALAVERA ELGUERA. www.incipp.org.pe.proteccióndetestigos.

Luis Alberto Mendoza Pojas

anómalas para los fines que se persiguen en el proceso: testigos que se negasen a declarar delante de quienes les han infringido un mal, que padezcan algún tipo de trastorno que pudiera agravarse de comparecer al juicio oral, que hayan sido amenazados, en definitiva diversas situaciones en que pueda hallarse el testigo y que pueda repercutir en su declaración, bien negándose a declarar, variando completamente el sentido de la misma, o simplemente manifestando no recordar nada. Estas situaciones deben ser tratadas de forma muy restrictiva dada su excepcionalidad.

29. La situación descrita no escapa a nuestra realidad. El sistema penal y el Estado, no ha sido capaz ni tiene los recursos para otorgar protección o seguridad a los testigos y víctimas de delitos violentos o perpetrados, por agrupaciones u organizaciones criminales. Es por ello que nuestro país, desde octubre de 1989 no ha tenido otro camino que adoptar medidas de protección para testigos colaboradores o arrepentidos, victimas y peritos, llamados a declarar en los procesos por delitos especialmente graves, en algunos casos restringiendo o afectando de algún modo el derecho de defensa, y algunos principio esenciales del proceso, como el de inmediación o contradicción. En el mismo sentido se dictó la Ley 27378, que ha establecido algunas exigencias especiales para acordar dichas medidas de protección, como que el fiscal y el juez deberá tener en cuenta para decidir por una u otra atendiendo especialmente al grado de riesgo, o peligro para el órgano de prueba, así también, la variabilidad de las medidas de protección a que se refiere el artículo 24 de la indicada ley. Por cierto en nuestro Código Procesal Penal a partir de los artículos 247 y siguientes se regulan las medidas de protección para estos órganos especiales de prueba. De igual modo el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. STC1808-2003-PHC señaló: (…) *"Por ello la limitación para conocer la identidad del testigo clave establecida en la ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas es constitucionalmente válida en tanto procura resguardar la seguridad de quienes prestaron información clave para la captura de los jefes de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas (…)"*.

30. De la normativa expuesta, se desprende que está permitido por la ley procesal penal la declaración de testigos con identidad reservada, no obstante el derecho de defensa del procesado esta tutelado por la posibilidad de variabilidad de las medidas que implica conocer su identidad, y en el ámbito de valoración de la prueba (bajo el sistema de libertad probatoria) que dicho testimonio deberá tener elementos de

corroboración. En el caso, es pertinente resaltar que la testigo en mención originalmente declaró con identidad reservada, lo que implica que existió una circunstancia de peligro respecto de ella, que impidió que preste su testimonio en condiciones regulares. Así aparece en los dos juicios orales llevados a cabo, que si bien fueron anulados, ello no obsta para hacer una referencia de que en efecto, la testigo prestó declaración identificada con una clave. Su identidad fue revelada a las partes en el juicio oportunamente, de modo que han tenido la facultad, en el marco del contradictorio, de poder cuestionar tanto su acreditación como la verosimilitud de la información vertida. Sin perjuicio de ello, este tribunal, resalta como un hecho importante precisamente la motivación que tendría esta persona cuyo testimonio ofrecía peligros para su seguridad, que concurra hasta en tres oportunidades al plenario, con el agregado final de que su identidad ha sido revelada a las partes, con el eventual riesgo que ello puede conllevar.

31. En lo atinente a la *Verosimilitud en el relato,* un punto objetivo es que la motocicleta fue intervenida por la policía, según ellos cuando dos sujetos iban a bordo, sin embargo estos huyeron, lo que resulta extraño si se trataba de un mega operativo en el cual participaban gran cantidad de efectivos policiales, que se desplazaban en pluralidad de vehículos, según el acta de intervención había cinco unidades policiales. De otro lado, el primer cuestionamiento del porqué la agraviada no oyó previamente las roturas a su inmueble es relativo, por cuanto los testigos se ven impactados por los acontecimientos de diferentes modos, además que existía un televisor prendido, de otro lado en cuanto a la denuncia, es la alegación de la testigo sin embargo, no se ha ingresado información para verificar si esta denuncia fue hecha o no, lo concreto es que la motocicleta de propiedad de su hermano terminó en poder de la policía, según aquellos en una intervención policial y según esta por haberla sacado del predio, lo cual debe ser verificado a la luz de las demás pruebas. Abona también a la corroboración persistente en el testimonio, que este no es fantasioso ni imaginario, se ve corroborado con el hecho probado, que el día en mención se realizó un operativo policial en dicho sector, asimismo la motocicleta fue objeto de aprehensión por la policía, si bien invocando hechos diferentes. Ahora bien, los procesados, no declararon sin embargo, la tesis defensiva de manera genérica se ha enfocado en señalar que los procesados repelieron el ataque de tres sujetos que se encontraban a bordo de una motocicleta, conforme a la escucha del alegato final del juicio oral realizado

por el abogado William Matta Berrios, quien ejerció la defensa de los procesados, a excepción de Manuel Wilmer Villanueva Fermín y José Alberto Monge Balta. Sin embargo, del acta de intervención policial se desprende que fueron intervenidas (o dejaron abandonadas) tres motocicletas, entonces cabe preguntarse en el marco de la alegación defensiva, si en una de las motocicletas iban a bordo tres de los agraviados que atacaron a los procesados lo lógico sería que tuvieran impactos de bala, empero, la motocicleta perteneciente a Nelson Meza Mendoza, según la Inspección Técnico Balístico N° 562-2007, no tiene impacto de bala alguno. De modo que existen datos que se desprenden de prueba documental que dan cuenta de que el vehículo menor fue intervenido y comisado por la Policía Nacional y en particular por los procesados, que son los que firman el acta de intervención, en consecuencia, en lo central de la incriminación tiene corroboración.

32. En lo relativo a la *Persistencia en la incriminación*, como indicamos si bien es cierto los dos juicios anteriores fueron anulados, ello no implica desconocer que dicha testigo compareció al órgano jurisdiccional y brindó su declaración en términos similares, con los matices y detalles propios del testimonio, que no afectan su valor incriminatorio. Estima el Tribunal, en conclusión, que la valoración del testimonio en mención no ha sido la adecuada, como se ha expresado y por el contrario permite acreditar dicho extremo de la imputación.

33. En lo que atañe al segundo hecho relativo a que los procesados intervinieron a la persona que en vida fue Carlos Iván Mariños Ávila, quien se encontraba a bordo de una motocicleta de placa de rodaje MD-16480, lo que motivó que lo retuvieran y condujeran en calidad de intervenido a bordo de uno de los vehículos policiales empleados en dicho operativo. En su apelación la Fiscalía ha señalado que el Ad quo aprecia subjetivamente la declaración de Marlene Ávila Rodríguez, no resultando ilógico que el occiso fuera a cerrar la puerta de su taller, además existen versiones indirectas recibidas por los padres de agraviado y que dan cuenta que no existió enfrentamiento alguno, y que es corroborado por la testigo Kelly Ruiz Valderrama. Por su parte, el Juez ha considerado mínimamente acreditado este hecho, porque los testigos Ávila Rodríguez y Olaya Trinidad no le merecen credibilidad. Para la probanza de este hecho se actuó como prueba de cargo, la declaración de MARLENE ANGELITA ÁVILA RODRIGUEZ, quien refirió que el día 27 de octubre alrededor de

las 20:00 y 20:30 horas su hijo salió en su moto con dirección a su taller de calzado con el fin de echar seguro a la puerta, a las nueve de la noche lo llamó por teléfono pero el celular estaba apagado, como a las once de la noche subió a su techo donde se veía la comisaría de Radio Patrulla, observó dos o tres camionetas en fila trayendo detenidos y motos, pero no pensó que su hijo fuera detenido porque no era un vago, sino que estaba en el taller con su tío. Oyó dos disparos a esa hora. Al día siguiente su hermano Rómulo Ávila, quien era el guardián de su taller, le manifestó que a su hijo lo había matado la policía, le comentó que había enviado a su hijo a comprar pastillas. Según el atestado policial, se decía que había tenido lugar un enfrentamiento en las cuadras 3 y 4 de la calle Sinchi Roca, pero la gente del lugar decía que no había pasado nada por allí. Fue la calle Antenor Orrego donde decían que los policías dijeron que habían bajado a los agraviados y los torturaron, le contaron que lo intervinieron en la Avenida Sánchez Carrión y según el testigo que vio los hechos, uno de ellos era un policía mayor, canoso identificado como Elidio Espinoza, que la moto de su hijo se la han entregado después de cinco años y está intacta sin raspones, su esposo le dijo que el cuerpo de su hijo no estaba torturado pero si el de los otros chicos. Declaró también en el juicio MIGUEL ANGEL OLAYA TRINIDAD, padrastro de Carlos Iván Mariños Ávila, manifestando que aquél día estuvo en Lima, al día siguiente, ya en Trujillo, se dirigió al Hospital Belén, donde vio a otros tres chicos con impactos de bala, tierra en el cuerpo y moretones en la cabeza. En la fiscalía le indicaron que el enfrentamiento fue en la calle Sinchi Roca, que averiguó que vecinos de la zona no habían visto el enfrentamiento, al día siguiente vinieron unos policías con unos goteros a echar sangre y que habían visto a su hijo en una de las camionetas vivo, que a él lo han intervenido en la avenida Sánchez Carrión a la altura de la Avenida Asencio Vergara, al mes vio la moto intacta en el depósito de la Esperanza.

34. Otra testigo es KELLY RUIZ VALDERRAMA, antes identificada con código de reserva N° 40, conocía a Mariños Ávila pues ella se dedicaba a vender pan y el le compraba, manifiesta que el día de los hechos a las 8:30 aproximadamente venia cobrando a la altura de la avenida Asencio Vergara y la Avenida Sánchez Carrión y vio unos patrulleros estacionados, gente alborotada, a un señor alto, otro bajo más joven y uno canoso que dirigía todo, que intervinieron a Carlos Mariños, quien estaba mostrando algo así como sus documentos, lo subieron a la camioneta y su moto la subieron a la parte de atrás, que habrían como veinte policías. Sobre este

punto debemos señalar, en relación a la declaración de Marlene Ávila Rodríguez, si bien es madre de uno de los occisos, ésta sola circunstancia no pone en cuestión su declaración, sino que el juez debe apreciar la congruencia y logicidad de la información que brinda, es cierto que ella señala que gente del lugar le dijo lo que había ocurrido no habiendo identificado a alguna persona, sin embargo, lo relevante de la información, más allá de la diferencia de horas, es que su hijo en horas de la noche salió de su domicilio a bordo de su motocicleta con dirección a su taller de calzado, para echar seguro, el no regresó a dormir, no respondió a las llamadas telefónicas y su madre observó en la comisaría cercana que bajaban dos a tres camionetas trayendo detenidos y motos, luego escuchó dos disparos, no se preocupó porque su hijo no tenía ningún problema con la justicia y confió de que estaba en el taller con su hermano, siendo que al día siguiente, su hermano le comunica, que en efecto había llegado al taller, y que lo había enviado a comprar pastillas pero no retornó, que luego se había enterado que a su hijo lo había matado la policía. Es necesario manifestar que las reglas de la experiencia, dan cuenta que en un contexto vecinal ante la ocurrencia de un hecho trivial o con mayor razón de uno grave, lo lógico es que la persona perjudicada averigüe que fue lo que ocurrió entre sus vecinos o las personas moradoras del lugar, entre máxime, averiguación que se torna exhaustiva tratándose de la muerte de un hijo, y no siempre se logra que los vecinos que proporcionan información se identifiquen, más aún en un contexto de temor luego de sucedidos los hechos, como dan cuenta los testigos, prueba de lo afirmado, es que, en este caso, muchos testigos han tenido que declarar con identidad reservada. Asimismo, la motocicleta de su hijo de placa MD-16480, además de otras dos, según el acta de intervención policial fueron dejadas abandonadas en el lugar de los hechos por las dos personas que venían a bordo ante la presencia policial- según la tesis defensiva- pero esta unidad menor, según la Inspección Técnico Balística N° 562-2007, presentaba un orificio de 1.5 centímetros de diámetro de bordes invertidos compatible a un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de calibre 38 y/o 9mm, con una trayectoria de derecha a izquierda, de atrás a adelante ligeramente, de abajo a arriba. Cabe preguntarse por qué este vehículo menor tendría que tener impactos de bala, o es que hay una contradicción con lo vertido en la primera parte del Acta de Intervención Policial 3475-2007. Por su parte en la Inspección técnico Balística N° 563- 2007 practicada en los cadáveres , refiere en cuanto al cadáver 01: **Carlos Iván Mariños Ávila**, el cual presentaba dos orificios de ingreso y dos orificios de salida, orificios de

curso perforante, **el primero** ubicado en la región mastoidea izquierda (atras del pabellón de la oreja) de 0.5 cm de diámetro compatibles a los producido por armas de fuego de calibre de 38 o 9 mm, de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba, con un orificio de salida en área temporal; **el segundo** ubicado en la región escapular derecha, por debajo de los hombros, de 1.2 x1.5 de dimensiones compatibles a lesiones producidas por un proyectil de armas de fuego calibre 38 o 9 mm, con orificio de salida en la zona supra escapular.

35. En cuanto al testimonio del ciudadano Olaya Trinidad, él no estuvo presente al momento de la ocurrencia de la intervención, sino a la mañana siguiente verificó que su hijo político se encontraba muerto al interior del Hospital Belén. El Juez afirma que es ilógico que su hijo haya salido a echar seguro a la puerta de su taller, pues la misma testigo ha afirmado que dicho taller ya tenía un guardián, lo señalado es una apreciación subjetiva y en todo caso no es relevante porque tanto en la tesis acusatoria, como en la defensiva, aunque bajo otros motivos, insistiendo de manera genérica y confusa, que fue abatido en un enfrentamiento con la policía, la intervención sucedió en la calle, por lo que los motivos que tuviera para salir de su domicilio son intrascendentes. Ahora, en cuanto al testimonio de Kelly Ruiz Valderrama, ha señalado lo siguiente: entre las 20:30 y 21:00 venía de cobrar, entre Asencio Vergara y Sánchez Carrión vio a patrulleros estacionados y gente alborotada, observó que intervinieron a un joven, se acercó y vio que era el joven Carlos, a quien conocía porque le compraba los panes que vendía, vio que lo estaban interviniendo y enseñaba su documentos, su moto verde con blanco la subieron en la parte de atrás, lo intervino un señor alto y un señor mas bajito y mas allá estaba un señor medio canoso, que después que pasó el caso supo que era el señor Elidió porque él había encabezado esos operativos, habían bastantes policías cerca de 20, había luz en el sector, vio al joven a ocho metros aproximadamente vio que lo agarraban lo forcejeaban, las calles estaban con bastante gente, vio dos carros de la policía, lo llevaron al joven para la parte de arriba por la Virgen, al siguiente día por los periódicos que al joven lo habían matado, como se observa es un dato pormenorizado que brinda detalles. En este caso, como en el anteriormente analizado, considera este Tribunal, que el Juzgador no ha sido escrupuloso en la evaluación de los presupuestos que le permitan con arreglo a la lógica y la experiencia determinar si la información de los testigos resulta veraz, ha descartado la declaración de Kelly Ruiz Valderrama porque incurre en contradicciones respecto de la

horas en que habría observado la intervención del agraviado, y que en ese sentido se contradice con lo referido por Ávila Rodríguez, en cuanto esta señala que escuchó disparos y vio los patrulleros desde su techo a las once de la noche y Nora Meza Mendoza, afirma que los acusados ingresaron a su inmueble entre las nueve y media y diez de la noche, y según la teoría del caso fiscal, este ultimo habría sido la primera incursión de los acusados a un inmueble. El dato de las horas puede ser relativo acorde a la memoria o acuciosidad del testigo, el análisis debe centrarse en la información relevante y no en datos ligeros que pueden ser percibidos de manera distinta de un testigo a otro, más aún en el caso, en el los hechos ocurrieron en circunstancias de apremio y temor, y más aún cuando han transcurrido casi diez años desde la ocurrencia de los hechos.

36. El testimonio de Marleni Ávila Rodríguez, podría ser cuestionado en el ámbito de la ausencia de incredibilidad subjetiva, desde que, como madre del agraviado podría especularse que tendría un motivo subjetivo para sindicar a los procesados, pero no ocurre lo mismo con una testigo directo de los hechos como es Kelly Ruiz Valderrama que, dicho testimonio sometido a los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, resulta apto como prueba de cargo, en efecto en cuanto a la *Ausencia de incredibilidad subjetiva*, no se ha incorporado información de que testigo y procesados se conocieron anteladamente. En relación al occiso Mariños Ávila, lo conocía porque en ese tiempo se dedicaba a la venta de pan por almacenes ubicados entre Asencio Vergara y Cambio 90, era uno de sus clientes que en algunas oportunidades le compraba. La defensa en este punto ha señalado que es inusual la venta de pan a las once de la noche, no obstante ninguno de los testigos da cuenta que esos hechos ocurrieron a esa hora, sino entre el rango de 8:30 a 9:30 de la noche. Al igual que la testigo Nora Meza Mendoza, la testigo Kelly Ruiz Valderrama ha tenido la protección de su identidad, siendo nominada como la testigo con identidad reservada N° 40, en el juicio oral que dio lugar a la sentencia analizada se conoció su identidad, de lo que se desprende que existió un peligro concreto que impidió que declare como cualquier otro testigo, ha concurrido a tres juicios orales en el lapso de seis años, en igual forma nos preguntamos qué motivación tendría una testigo cuya integridad estuvo en peligro de ser reiterativa en su versión de los hechos percibidos, consideramos que esta circunstancia abona respecto de la veracidad de su testimonio, y su versión en el sentido que Mariños Ávila fue intervenido por la policía se encuentra respaldada con medios de prueba científica que

Luis Arturo Mendoza Rojas
Especialista Judicial
I Familia de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

posteriormente se evaluará. Adicionalmente a ello existe además un dato que permite concatenar las versiones tanto la madre del agraviado como la de las testigos Kelly Ruiz y Karla Torres, que mas allá de la eventual diferencia de horas, lo relevante de su testimonio es que observó que en la camioneta policial había dos jóvenes echados y las tres coinciden en señalar que tenia casaca oscura. Por tanto este Tribunal aprecia que el reparo de la fiscalía debe ser estimado y por tanto se debe tener por acreditado que el agraviado Carlos Mariños fue intervenido por los procesados cuando estaba a bordo de su motocicleta, privándosele de su libertad, por cuanto no existía motivo alguno para tal actuación.

37. En relación al tercer hecho, respecto que los acusados se dirigieron al predio signado con el N° 1799 de la Avenida Sánchez Carrión, donde procedieron a detener al agraviado Carlos Iván Esquivel Mendoza, para lo cual el personal policía ha trepado el techo del inmueble y el de los demás aledaños, y de forma violenta redujeron al agraviado y lo trasladaron en una camioneta policial. El Colegiado de instancia ha considerado que los relatos de los testigos no le generan credibilidad pues existen contradicciones. Resalta que Alina Esquivel manifestó que sus dos menores hijos le dijeron que a su tío lo sacaron de su casa y lo golpearon con un triciclo: de otro lado los testigos con código de reserva 43 y 14 indicaron que Carlos Esquivel no opuso resistencia y lo bajaron por la pared de su casa (uno señaló como arrastrándose específicamente de su techo, que había a su lado un policía y lo subieron a una camioneta blanca) finalmente el testigo con código de reserva 42 indicó que lo bajaron del techo de su mamá, lo tumbaron, botaron y que fueron dos policías los que lo llevaron hacia la camioneta uno de cada brazo. Para el Ad quo existen hasta tres versiones de la intervención y de igual modo relatos distintos sobre su traslado a la camioneta policial. De la escucha de los testimonios brindados en el juicio oral, tenemos ALINA YSABEL ESQUIVEL MENDOZA, hermana del agraviado, declaró que el día 27 de Octubre de 2007 estaba en la misa de su padre habiendo dejado a sus dos menores hijos con su hermano Carlos Esquivel, que recibió una llamada de su hermana quien le comunicó que habían detenido a su sobrino "el borrego", pero al llegar a su casa, los vecinos le informaron que a quien habían detenido era a su hermano, inició una búsqueda por diversas comisarías conjuntamente con la hermana de "El chancha" (Víctor Enríquez Lozano) y con los padres del "Gallito" (Ronald Reyes Saavedra), no encontrándolos en ningún lugar. A las 12:50 de la madrugada del 28 de octubre recibe una llamada de su

hermana quien le informa que su hermano Carlos estaba muerto en el Hospital Belén, sus hijos le contaron que los policías habían golpeado y llevado a su tío y los vecinos le contaron que por el techo de la casa de su mamá habían sacado a su hermano sin marrocas, y lo subieron a una camioneta de la policía. Declaró también en torno a este hecho la TESTIGO CON CODIGO DE RESERVA N° 43, quien ha referido que el día 27 de octubre entre las 21:00 y 21:30 horas se encontraba en su casa, cuando escuchó disparos en la calle, miró por la ventana observando que estaba llena de policías y de vecinos. Subió al segundo piso de su casa, y vio a Carlos Esquivel que estaba sobre el techo de su casa y junto a él había un policía, que Carlos Esquivel no opuso resistencia y bajó como arrastrándose por la pared, luego subió a una camioneta de la policía, el policía lo hizo echar boca abajo, el quiso levantarse, el policía lo hizo echar boca arriba, nuevamente quiso levantarse por lo que el policía lo bajó y subió en una cabina, que en los techos había más de 10 a 12 policías y en la calle más de 15, 2 camionetas de la policía y mas carros con lunas polarizadas. La TESTIGO CON CÓDIGO DE RESERVA N° 42, ha manifestado que el día 27 de octubre de 2007 se encontraba en la esquina de la Avenida Sánchez Carrión con Lorenzo Farfán, vio que se estacionaron camionetas y policías se subían a los techos, comenzaron a disparar, luego se acercó a una camioneta que estaba estacionada en la cual había dos personas agachadas que estaban enmarrocadas, alcanzó a ver que se trataba de dos muchachos, uno con casaca negra, después bajaron a Carlos Esquivel, lo bajaron por el techo de su mamá, se lo llevaron un policía de cada lado y se lo llevaron hacia la camioneta del frente y pidió que le avisen a sus familiares para que lleven su DNI a la comisaria, nunca ha estado involucrado en un delito, no hubo enfrentamiento, sus familiares fueron a buscarlo a la comisaria pero no lo encontraron, lo buscaron en los hospitales y a las cuatro de la mañana le avisaron que los policías lo habían matado.

38. La testigo con CÓDIGO DE RESERVA N° 14 ha referido que el día 27 de octubre de 2007 observó muchos policías y camionetas, que a Carlos Esquivel lo aventaron del techo de su casa, caminó y subió a la camioneta blanca atrás del chofer, habían dos personas más en otra camioneta, una de casaca blanca y otra de casaca negra, no logró identificarlos, que los policías disparaban al aire para que las personas no se acerquen pero no hubo tiroteo. Carlos refirió que avisen a un tal Wilmer para que lleve su DNI a la comisaria, estaba solo en su casa con sus dos sobrinos porque sus hermanas habían ido a la misa de su padre, los niños después que llevaron a Carlos

lloraban en la ventana, su prima vino, sacó a los niños y trató de comunicarse con Alina y Norma, hermanas de Carlos, quienes han ido a buscarlo por las comisarías, escuchó a las seis de la mañana que Carlos estaba muerto, que los policías disparaban al aire para que las personas no se acerquen pero no hubo tiroteo, que Carlos no era delincuente sino zapatero. El testigo JORGE LUIS MONZÓN ÑIQUE ha declarado que el día 27 de octubre de 2007, cuando salió a llamar por teléfono, hubo una balacera, había bastantes policías por el barrio, cuando retornó a su casa vio que dos policías salieron de ella, pero no les dijo nada, ingresó a su domicilio, escucha que los policías estaban por el techo, le decían que se pare, entonces comenzó a llamar a su hijos, su familia desde el otro techo decían que él vivía allí y los policías salieron, éstos lo habían amenazado y apuntado con arma, estaban cubiertas sus caras con pasamontañas, no sabe porque se metieron a su casa, conoce al agraviado Carlos Iván Esquivel Mendoza, porque era un vecino que vivía a espaldas de su casa, al día siguiente se enteró que lo habían matado, ahora sabe que se confundieron, no era delincuente, era trabajador de calzado, conocía de vista a Víctor Enrique Lozano y a Reyes Saavedra, eran aproximadamente treinta a cuarenta policías, no le mostraron ninguna orden judicial para ingresar a su domicilio, solo habían policías no fiscal, no hizo ninguna denuncia, los vecinos le dijeron que habían matado gente a balazos, que estaban en la morgue.

39. Este tribunal advierte, como lo señaló en fundamentos anteriores que el Juzgado de instancia no ha evaluado minuciosamente los testimonios, como exige el Acuerdo Plenario N° 02- 2005, emitido por la Corte Suprema, así en cuanto a la *Ausencia de Incredibilidad Subjetiva*, no se ha incorporado información que los testigos conocieran anteladamente a los procesados y por ende tuvieran respecto de éstos algún sentimiento negativo que los motive a sindicarlos gratuitamente respecto de un hecho tan grave. En lo que respecta a la *Verosimilitud en el Relato*, considera que éste en cuanto a su logicidad es consistente, una vez más el tribunal se ha detenido en cuestiones periféricas y subjetivas, así cuando sostiene que hay tres versiones sobre la forma de intervención, esto no resulta cierto, la percepción que pueden tener unos niños en una situación traumática y de la que dan cuenta a su madre la testigo Alina Esquivel respecto de lo que ocurrió con su tío es diferente de la que pueden percibir los adultos, para ellos una aprehensión por varias personas puede constituir eventualmente una agresión; se le ha dado más importancia a detalles referidos a que si fue

Luis Arturo Mendoza Rojas
Especialista Legal
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

jalado o arrastrado o si fue uno o dos policías los que trasladaron al intervenido al vehículo policial, sin reparar que cinco personas, cuatro de ellas de manera directa han referido que el occiso fue sacado por efectivos policiales de manera violenta- por los casos que conocemos sabemos que la propia naturaleza de la intervención no es pacífica- del techo de su casa y trasladado a un vehículo policial, se le ha brindado por el contrario relevancia a datos periféricos que son matices propios de las declaraciones testimoniales y el paso del tiempo, lo mismo acontece respecto de las horas. No hay un testigo que diga que no lo sacaron o que este acontecimiento fue en horas de la mañana o de la tarde, datos que si serían relevantes como para cuestionar la fidelidad de lo relatado por los demás testigos. Sobre el asunto referido a que varios de los testigos tuvieron identidad reservada, nos remitimos al fundamento realizado anteriormente, resaltando que en este caso hubo corroboración por parte del testigo directo que resulta ser vecino del lugar Jorge Luis Monzón Ñique. Este tribunal ha considerado necesario superar esa deficiencia y como resultado considera que está acreditado que el agraviado Carlos Iván Esquivel Mendoza fue sacado de su vivienda sin motivo legal por los procesados y privado de su libertad.

40. En cuanto al hecho referido a que luego del suceso anterior el mencionado grupo policial se trasladó hasta el Pasaje San Luis cuadra 1 en donde sacaron del interior de su inmueble al occiso VICTOR ALEXANDER ENRIQUEZ LOZANO bajo el mismo modo del anterior agraviado, luego de lo cual lo han subido a bordo de un vehículo policial y asimismo, de dicho inmueble se extrajo una motocicleta color ojo de propiedad del hermano del referido agraviado, cabe precisar lo siguiente. La Fiscalía cuestiona en su apelación que el Ad quo realizando un análisis de pobre criterio lógico, no le ha conferido valor probatorio a los testimonios actuados en juicio con el fin de acreditar tal hecho, el órgano jurisdiccional los ha calificado de carentes de credibilidad por ser contradictorios. De la revisión de la recurrida y la escucha de lo actuado en juicio se advierte que se recibió la declaración de KARLA JOHANA TORRES BALTODANO, quien centralmente en torno al hecho en mención manifestó: solo conoce a Elidio por fotos y en un juicio, conoce a Víctor Alexander Enríquez Lozano porque era su *cuñado*, a Ronald Javier Reyes Saavedra porque era amigo de su cuñado, Carlos Esquivel Mendoza era hijo de una vecina. El día 27 de octubre de 2007 había llegado de trabajar, estaba en la esquina de las avenidas Sánchez Carrión con Asencio Vergara aproximadamente a las ocho y media de la noche, vio que habían bastantes policías y camionetas en la Av. Sánchez Carrión y Nicolás Alcázar, sacaban motos, vio una moto verde atrás en una camioneta, ve que van con dirección a su casa, su esposo Juan

Luis Arturo Mendoza Rojas

Carlos Enríquez Lozano sale de su casa y se va en su bicicleta, su tía le dice que los policías estaban bajando a su casa, encuentra a su cuñada Martha Enríquez y se van corriendo, antes de llegar al pasaje San Luis estaban cerca de ocho policías por el techo, en total habían treinta policías y seis camionetas aproximadamente, se acerca a la esquina y quiere meterse a su pasaje y un policía le da el alto, la insulta y la amenaza con un rifle grande, se va caminando cerca de las camionetas empieza a gritar por qué sacan las cosas de su casa, ve que estaban echados tres jóvenes, uno con una casaca oscura, uno con polo claro y otro con polo verde, empieza a pelear con los policías, quería entrar a su casa pero la vecina la lleva, encuentra a su esposo, observan que sacan caminando a su cuñado, estaba tapado, pero lo identifica porque era "chueco" y por su contextura, lo suben en una camioneta color oscuro en la parte de atrás del chofer, van a la comisaria de Sánchez Carrión, y de Nicolás Alcázar a preguntar por su familiar y un policía les dice que lo ha llevado el escuadrón y que mañana lo va encontrar en la morgue, luego su padre llama a su tío diciendo que habían ingresado a la casa de su mamá y que iban- los policías- a la casa de sus tíos, su mamá estaba mal, los policías le habían dicho que entregue lo que tenía, pero no sabían a qué se refería, no tenían orden judicial para ingresar a su casa, sacaron la moto roja marca Yamaha que estaba malograda. Luego, encontraron muerto a su cuñado en el hospital Belén, se enteró a las 00:30 aproximadamente, después que recogieron el cadáver había rumores que iban a matar a un tal "borrego" y a los amigos de su cuñado, porque anteriormente habían delinquido, su cuñado había estado preso por el delito de robo, había salido del penal, su cuñada Martha recogió el cadáver, en el velorio los policías, después que salían, amenazaban a su esposo, ahí fue cuando vio a Elidio Espinoza en una camioneta de lunas polarizadas, quien con otros policías estaba amarrando las rejas diciendo que era una delincuente, que tenia personas que delinquían en su casa, le agredieron.

41. Asimismo, prestó su testimonio MARTHA MARÍA ENRIQUEZ LOZANO, quien refirió que: Víctor Alexander Enríquez Lozano era su *hermano*, Ronald Reyes Saavedra era su amigo, sus amigos le decían a su hermano "chancha", y a Ronald le decían "gallito". Los amigos de su hermano eran "gallito", "pichón", "pique" y "borrego", a todos los ha matado la policía, **se dedicaban a delinquir-** robaban, el día 27 de octubre organizó una pollada y estaba repartiendo las mismas, vivía por la cuadra 15 cuando subió a la cuadra 18 encuentra a su hermano Víctor con sus amigos tomando cerveza, al regreso dejó ahí a su hermano, la abraza y regresa a su casa, nuevamente sale y cuando retorna encuentra a su hermano parado que había tenido un problema con su hermano mayor, sube a la avenida Sánchez Carrión a su casa y diez minutos después se escucha la turbulencia, la gente que gritaba, balazos, eran aproximadamente las 20:30 horas, observa bastantes policías en el Cambio 90, en la cuadra 15 la señora le dijo que habían entrado a la casa de su hijo Nelson que estaba de viaje, lleva a la señora a su casa, luego sube y ve al lado derecho de la camioneta a "gallito" quien le dice que llame a su mamá, le dice un amigo de "gallito", alias "chino" que avisara a sus padres que aquél estaba detenido, regresó ya no había ningún policía, estaba preocupada por su hermano porque había escuchado noticias

sobre el escuadrón de la muerte, a los diez minutos llega una vecina que le dijo que los policías estaban en su casa, cuando estaba dando la vuelta encontró a su cuñada Karla, cuando estaban bajando vieron que los policías estaban sobre su techo, los robocops no las dejaban pasar y las insultaban, después lograron pasar, encuentra a su madre llorando, a su hermano Juan Carlos que se quería meter y los policías no lo dejaban, vio que a su hermano **Víctor lo sacan cubierto con algo blanco**, lo suben en la parte de atrás de la camioneta, ella le dice a su hermano que van a ir a sacarlo, cuando levanta la cabeza su hermano, el sujeto canoso le tira una patada, al otro día se entera que era el señor Elidio, en Cambio 90 llega Víctor Torres, suegro de su hermano Juan Carlos les decían que los policías habían ido a la casa de su esposa, fueron a sacar armas, en un taxi fueron a la comisaria de Sánchez Carrión pero no había nada, luego vieron pasar a todos los policías que habían estado en su casa y los siguieron, un grupo se metió por las cañas, se escuchó un par de balazos, el taxi ya no les quería llevar por lo que se fueron corriendo a la comisaria de La Libertad, pregunta a un policía por su hermano, y le dijo que se encontraba ahí, vieron que sacan a un grupo y ve la casaca de su hermano y a un chico parecido a su hermano y los llevaron hasta San Andrés, luego se dio cuenta que no era su hermano, fueron a buscarlo a todas las comisarías y de ahí al hospital Belén donde lo encontraron muerto, eran aproximadamente mas de las doce, cuando entró lo reconoció por el tatuaje, estaba lleno de tierra y ensangrentado, tenía bastantes balas, al día siguiente el señor Elidio declara que había sido un tiroteo, sin embargo no a su hermano lo habían matado porque estaban en la lista del escuadrón de la muerte, "borrego" dijo que de ahí le iba a tocar a él y lo mataron los policías en la esquina de su casa, que Víctor y sus amigos estaban pensando en irse a otro lado, porque un policía les dijo que estaba en la lista. Vio a Elidio a treinta metros y lo reconoció al verlo en la televisión, la moto que sacaron era una roja Yamaha que no estaba operativa era de su hermano mayor, en la camioneta estaba la moto que habían sacado **de su vecino Nelson** y una verde, eran motos altas.

42. En el plenario prestó su declaración además JUAN CARLOS ENRÍQUEZ LOZANO refiriendo que conoce ahora a Elidio Espinoza al resto de acusados no, Víctor Enríquez Lozano era su *hermano*, quien estaba trabajando de ayudante en calzado, **también robaba**, a él lo conocía como Víctor o Vica pero la gente lo conocía con el apelativo de "**chancha**", a Ronald Reyes Saavedra le decían "gallito" **también se dedicaba a delinquir**, era amigo de su hermano, Carlos Iván Esquivel, no se dedicaba a delinquir. El día 27 de octubre estaba trabajando en construcción en el Consejo del Porvenir, llegando a su casa le llaman a su celular y le dicen que en su casa estaban policías y camionetas, le impedían pasar, logró hacerlo, había bulla se escuchaban balas en su casa, que rompían las puertas de su hermano, hasta que reventaron la puerta de la calle, los policías pasaron y sacaron a su hermano con una manta sobre su cabeza, lo subieron en una camioneta blanca, sacaron su moto Yamaha Roja que estaba malograda, luego de 15 minutos se fueron por la avenida Sánchez Carrión a Alto Trujillo, no le mostraron ninguna orden judicial para entrar, en la casa vivía solo su hermano Víctor, cuando llegó vio a los vecinos, estaba más concentrado en ver a su hermano, después vio a sus familiares, su mamá, hermana, esposa, cuando llevaron a

su hermano fueron a ver a la comisaria Sánchez Carrión, le dijeron que vayan a Nicolás Alcázar ahí le dijeron que ya no lo vayan a buscar porque ellos ya no van a estar vivos, pensó que era broma, se fue a su casa a descansar, en la madrugada llaman y se entera que estaba muerto. En su casa a tres metros hay un poste de luz, había la novedad del escuadrón de la muerte, habían llevado a varios muchachos, en la calle donde vivía su hermano pasan los micros, no tuvo problema para transitar, no había obra de construcción, su hermano tenía tapada su cabeza, no hizo denuncia de los hechos en fiscalía, en la tolva de la camioneta no vio nada, no vio gente en la camioneta solo veía a su hermano, una vez que partió la camioneta llevando a su hermano, se fue con dirección a su casa, con la vecina Nelly y otros mas, ahí logró ver a su mamá, hermana Martha y su esposa. El vehículo que llevaba a su hermano iba a Antenor Orrego (subida al cerro Bolongo). Reconoció a su hermano porque es bajo y por su forma de caminar.

43. Depuso en el plenario MARÍA JULIA GÓMEZ SANDOVAL (Código de Reserva N° 08), quien manifestó que el 27 de octubre de 2007, a las 9:30 aproximadamente, salió a botar agua de su casa ubicada en el pasaje San Luis, como su hijo no venía de trabajar estaba esperándolo, entonces vio que habían policías en el pasaje que no dejaban pasar a la gente, habían varios policías vestidos de robocop y como cachacos, vio que Juan Carlos hermano de Víctor, vino en su bicicleta se dirigió a la casa de una vecina y ahí se quedo a mirar, después sacaron a Víctor, y se dirigieron a la camioneta, después sacaron una moto, mas cosas, estaba a seis casas, había de diez a quince policías en la cuadra, reconoce que era Víctor por la camisa roja que llevaba puesta cuando lo vio pasar antes frente a su casa, por el tamaño y contextura, en la casa vivía solo, su hermano a veces llegaba a la casa, como era un ratero simple no tan avezado se imaginó que lo estaban interviniendo por algo que había hecho, a eso de las doce a doce y media se entera que ya lo habían matado, sacaron a Víctor un policía a cada lado, caminaba estaba vivo, la policía demoró media hora hasta que se lo llevaron, vio a su mamá, su hermana, su cuñado, su hermano, Víctor se reunía a veces con Gallito (Ronald), su calle tenía poca iluminación, en la casa de Víctor había un poste en la esquina, distancia dos casas, no se podía ver tan bien a la casa de Víctor había árboles, después de diez minutos de los hechos se escucho una balacera como ráfaga pero lejos, había como seis robocops. Estaba con pantalón, pero no recuerda el color, la moto la subieron a la camioneta, no pudo apreciar que otras cosa más sacaron, su casa estaba al frente del inmueble de Víctor, había un árbol que le tapaba un poco la visión al lado de la casa de Víctor, no recuerda cuantas camionetas y policías había exactamente. Volvió a ver las camionetas de la policía pasar nuevamente. Su vivienda tiene cuatro metros de frontera, y de sus vecinos siete metros, estaba a sesenta metros de la casa de Víctor, dijo en su declaración preliminar ciento cincuenta metros pero de ahí lo ha medido y es sesenta metros.

44. Fue examinada en el juicio la TESTIGO CON CÓDIGO DE RESERVA N° 22. Refirió ser vecina del fallecido Víctor Alexander Enríquez Lozano, que entre las nueve de la noche se escuchó una balacera por la calle los Ángeles o Sánchez Carrión,

Luis Arturo Mendoza Rojas

salieron a mirar al pasaje vieron los cuatro carros de los policías y bastantes policías en las calles y se trepaban por el techo de la casa de Víctor hacia adentro, luego se escuchaba vidrios, que rompían las lunas de su puerta interior, sacaron la moto, la manguera y más cosas, la policía estuvo quince a veinte minutos dentro de la casa, no le mostró ningún orden de captura o acta de allanamiento, no había presencia de fiscal en la zona, los policías estaba vestidos como cachacos, vivía a treinta a treinta y cinco metros de la casa de Víctor, no vio cuando lo llevaron los policías porque fue a su cocina, cuando salió había la novedad que los demás vecinos vieron que lo habían sacado y subieron a la camioneta que estaba al frente de su domicilio, las personas que lo vieron dijeron que lo habían sacado vivo, la familia se encontraba un lado mirando, porque la policía no dejaba pasar a nadie, después ingresaron con sus familiares para ver si estuvo Víctor ahí y ya no estaba, era cierto lo que dijeron las personas, la casa era de sus padres pero en ese momento estaba Víctor solo, no hubo balacera entre bandos, escucharon disparos por la calle los Ángeles que queda dos tres cuadras más arriba, por eso salieron pero no hubo balacera dentro del domicilio, la moto que sacaron era de su hermano, no vio quienes realizaron los disparos, solo escuchó, no hubo balacera dentro del pasaje, una camioneta fue blanca las otras oscuras, la casa de Víctor era de un piso, lo conoció cuando tenía dos años de edad, tenía antecedentes, no sabe que es una orden de allanamiento, había luz eléctrica en la zona, no había pista ni vereda, la policía no mostro ningún documento para poder ingresar a la casa del señor Víctor.

45. Al Colegiado no le ha merecido convicción las testimoniales glosadas. Ha afirmado que son contradictorias. Advierte este tribunal que al igual que en los casos anteriores, el Ad quo ha centrado su evaluación en detalles de menor importancia que se desprenden del relato de los testigos, como son la diferencia de horas, las características del vehículo policial en el que se habría trasladado-luego de su intervención al hoy occiso- y la inconsistencia en la declaración de Karla Torres respecto del orden en la secuencia de los hechos. Este tribunal discrepa de dicha apreciación, los profesores CAFFERATA NORES y HAIRABEDIÁN, tienen una definición del testigo muy concreta y útil, señalan ellos que es la declaración de una persona física, no sospechada por el mismo delito, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de los sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de la reconstrucción conceptual de de éstos.[4] Ahora bien, un requisito fundamental que rodea la eficacia del testimonio, hace referencia a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos objeto del proceso, y, asimismo, en las que la persona tuvo conocimiento de estos, es decir estos tres elementos deben mencionarse de manera clara y precisa en la declaración, describiéndolos

[4] CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano. "La prueba en el proceso penal", Buenos AiresArgentina. Editorial LexisNexis, sexta edición, 2008, página 104.

respecto del hecho como del conocimiento del mismo por parte del testigo, en el entendido en que respecto de uno solo no es suficiente para otorgarle eficacia probatoria al testimonio rendido. Y, además es claro que es importante que exista una concordancia entre las circunstancias en que se conoció el hecho y el hecho mismo, puesto que de haber contradicciones entre éstas cabría la posibilidad de llegar a catalogar un testimonio como falso y por ende negarle valor como prueba, teniendo en cuenta, también, que existen factores alternos que determinan que ciertos hechos son lógicamente o físicamente improbables e imposibles.

46. Esta definición nos ayuda a entender algunos aspectos claves de la prueba en el proceso penal, primero que cada prueba debe ser valorada racionalmente, primero de manera individual, luego conjunta. En cuanto al testimonio atañe, su evaluación importa tener en cuenta, entre otros aspectos, el contexto de los hechos, la data de los mismos, el grado de instrucción del testigo, su idiosincrasia, entre otros. La norma procesal y la jurisprudencia antes glosada, nos brindan pautas o criterios para la valoración de los testimonios[5] en ese sentido, en el caso, de los testigos referidos se advierte que tres de ellos tienen vínculo parental con el occiso, Karla Torres Baltodano, es su cuñada, Martha y Juan Carlos Enriquez Lozano sus hermanos, sin embargo, esta circunstancia por sí sola no los inhabilita como para constituir testimonios pertinentes y útiles, sino debe repararse en la logicidad y veracidad de la información que introducen, por su parte María Julia Gómez y la testigo con identidad reservada N° 22 son vecinas del occiso. En cuanto a la verosimilitud del relato, coinciden en lo relevante de la incriminación, y abonan respecto de la tesis acusatoria, de manera persistente han indicado que aquél día llegaron pluralidad de policías a la casa de Víctor, que lo sacaron de su casa cubierto y que lo reconocieron por su forma particular de caminar, asimismo que llegaron los integrantes de la familia y quisieron llegar hasta el inmueble, pero fueron impedidos por los efectivos policiales, asimismo, han indicado que el occiso se dedicaba a delinquir, según una de los testigos realizaba ilícitos menores.

47. De modo que el relato se ha visto corroborado entre si, resulta verosímil, ahora bien la circunstancia que el agraviado tuviera antecedentes o se dedicara a delinquir, sencillamente constituye un dato a evaluar

[5] Acuerdo Plenario N° 02-2005 de las Salas Penales de la Corte Suprema y artículos 162 y siguientes del Código Procesal Penal.

conjuntamente con la demás prueba, a partir de ello no puede colegirse automáticamente de manera ilógica que esto acreditaría que realizó un enfrentamiento con los efectivos policiales, no debemos olvidar que el primero de los artículos de nuestra Constitución Política señala que : " La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado, por lo que indistinto si registraba antecedentes penales o no. De igual modo, abona a la posición de este tribunal lo señalado en el Recurso de Nulidad N° 272-2010, Piura en cuanto se afirma que : "(...) *El caudal probatorio es idóneo para sustentar la culpabilidad del acusado (...) por el delito imputado, pues su participación se deduce en una prueba directa como es la declaración del agraviado y los testigos, las que han sido persistentes y ausentes de modificaciones en cuanto a la incriminación contra el imputado; que se trata de una constancia material en la imputación, valorable no como aspecto meramente formal en la repetición de una lección aprendida; sino en la perseverancia sustancial de las diversas declaraciones; que las contradicciones secundarias y sin trascendencia no son suficientes para destruir la tesis incriminatoria expuesta por la Fiscal en su acusación y restarle credibilidad a la versión , en tanto y en cuanto la persistencia en la imputación no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes en cuestiones accesorias, sino en cuestiones esenciales e importantes.* (...)" En consecuencia este tribunal concluye que dichos testimonios permiten afirmar que el agraviado Víctor Enríquez Lozano fue sacado de su vivienda el día de los hechos por los procesados y privado de su libertad, sin que existiera ninguna disposición policial o judicial que lo avalara.

48. En cuanto al hecho relativo a que, luego de la intervención descrita en el punto anterior los procesados continuaron por la Avenida Ascencio Vergara en cuyo trayecto han intervenido a RONALD JAVIER REYES SAAVEDRA, que al igual que a los demás agraviados lo aprendieron y lo subieron a una de las unidades policiales en las que se desplazaban. La Fiscalía cuestiona que el Juzgado de instancia no le han merecido convicción las declaraciones las testigos Martha María Enriquez Lozano y Lidia René Baltodano Prado, la primera señaló que lo vio directamente cuando estaba detenido y le pidió ayuda, que avisara a sus padres lo reconoció por ser amigo de su hermano y la segunda indica que Lidia René Baltodano Prado ha manifestado que su hijo menor de edad que vio que había una persona que estaba mal de la pierna, que tenía clavos en la pierna, según se verifica en el Protocolo de Necropsia y que el policía lo pisó y que éste era Elidio Espinoza. Agrega también que si bien el orden de los hechos, según los testigos varía de acuerdo al momento que éste aparece, si clarifica que éste siempre estuvo detenido por los efectivos policiales acusados. El Colegiado, por su parte ha señalado que este hecho no se encuentra mínimamente acreditado pues la testigo Enriquez Lozano

incurre en graves contradicciones respecto de la secuencia de los hechos, en particular el momento en que habría advertido que este agraviado estaba detenido, pues según el Ministerio Público su aprehensión fue al final y según la testigo fue como a las 8.30 que avista al agraviado y cuando fue a su casa luego recién advierte la intervención de su hermano Víctor Enriquez Lozano, lo cual califica de una inconsistencia fundamental.

49. La pregunta es si la variación en la secuencia de las aprehensiones descalifica, automáticamente, el testimonio respecto de que el agraviado Reyes Saavedra fue intervenido en su vivienda. Considera este tribunal que en todo caso lo vertido por las testigos debe ser evaluado de manera consistente, pues si se ha conferido a un testimonio verosimilitud anteriormente para acreditar una proposición fáctica, no puede ser descalificada respecto de la probanza de otro hecho, en todo caso, debe evaluarse con reserva y a resultas de la información que pueda desprenderse de la demás prueba actuada. No debe perderse de vista que éste occiso, fue de igual modo trasladado por personal policial- premisa que no se ha negado- al hospital Belén, donde llegó cadáver. El tema en cuestión es si fue sacado de su vivienda, en la modalidad empleada con los demás agraviados y luego se le cegó la vida o fue abatido en un enfrentamiento como afirma la tesis defensiva. Sin perjuicio de lo referido respecto de este último agraviado, lo cierto es que respecto de los otros tres, ha quedado acreditado que fueron intervenidos y retirados de su domicilio por personal policial, un tema que no ha sido objeto de controversia es que se trató de un megaoperativo policial en la ciudad de Trujillo, que se desarrolló , en términos de la defensa de los procesados en el juicio oral, en circunstancias de la zozobra que vivía esta ciudad por la alta incidencia criminal, pero no se ha indicado en qué iba a consistir el operativo, cómo se iba a materializar en diferentes distritos, porque no se trató de un patrullaje común que realizan las fuerzas del orden con fines de prevención o disuasión de la delincuencia o prestos a intervenir en supuestos de flagrancia delictiva, tampoco se ha ingresado información de la existencia de órdenes judiciales de ubicación y captura o allanamiento que facultaba a la policía a ingresar a los domicilios, salvo que se tratare de un supuesto de flagrancia delictiva, que tampoco se ha alegado, en consecuencia acreditado está que sin motivo ni facultad justificada los procesados privaron de su libertad a los agraviados.

50. Objeta, asimismo, la Fiscalía que el Juzgado Colegiado afirme que no se ha probado lo afirmado por los testigos en el sentido que los agraviados presentaban lesiones distintas a la ocasionada por los disparos, por cuanto los médico legistas Amalia Marlene Mendoza, Janeth Liliana Ibañez Castillo, los certificados médicos legales, los levantamientos de cadáveres no lo indican. Sin embargo, afirma que el Ad quo ha puesto como punto de debate un asunto no controvertido por las partes, además no es un tema trascendente. Si la tesis acusatoria fue acreditar el secuestro con subsecuente muerte, lo que se ha probado en juicio, la acreditación de las lesiones no tiene sentido fáctico ni jurídico. El Ad quo, se ocupa de este asunto, luego de invocar el Acuerdo Plenario N° 1-20006/ESV-22 referido a la prueba indiciaria, señalando que, en cuanto al caso en concreto que aun cuando el desarrollo de la prueba indiciaria no ha sido postulada por el Representante del Ministerio Público en su acusación, se advierte de los fundamentos precedentes, que si bien existen diversos medios probatorios que acreditarían de un lado la tesis fiscal, también lo es que se han actuado medios de prueba, que en vez de reforzar la tesis fiscal lo que ha hecho es *excluir el hecho consecuencia* y a continuación menciona como ejemplos de ello que los testigos de la Fiscalía afirmaron que los agraviados presentarían lesiones producto de las aprehensiones ilegales de los acusados y contrario a ello se presenta el examen pericial de la perito médico- legista del Ministerio Público que lejos de acreditar ello no describe lesiones traumáticas, así también en las actas de levantamiento de los cadáveres, tampoco se describen lesiones diferentes a las producidas por los impactos de balas, de otro lado, se señaló que existió disparos a corta distancia en dos prendas presuntamente de dos agraviados acreditando dicha probabilidad con la pericia toxicológica correspondiente y contrario a ello se presentan también exámenes periciales realizados por la médico legista perteneciente a la Oficina Médico Legal del Ministerio Público y exámenes de balística Forense en los que se concluye que no han hallado ninguna característica de disparos a corta distancia en los cuerpos examinados a los agraviados ; aunado a ello que con las documentales ofrecidas no se ha acreditado el hecho de que las motos presenten averías o muestras de alguna caída, conforme a lo indicado por el Ministerio Público, toda vez que sólo se describen características de marca, placa y propiedad y en una de ellas que la caja de cambios está malograda, en consecuencia, todo ello no forma convicción de certeza en el Juzgador, sino que genera duda, como se explicó. Luego señala frente a la evidencia de expresiones indiciarias divergentes o antagónicas que se refieren a un

mismo aspecto esencial o principal de la conducta juzgada, al no existir una cohesión indiciaria concluye que existe duda y debe absolverse a los procesados.

51. Sobre este punto esta Sala Penal verifica que no existe relación de este fundamento de la sentencia con los anteriores, porque no explica respecto de qué proposición fáctica de la teoría del caso- que son varias- es que se presentan eventuales contraindicios relevantes. El juzgador ha generalizado y como hemos venido reiterando se ha enfocado en detalles a criterio nuestro, de menor relevancia para a partir de ello desvirtuar el valor probatorio de la prueba. Es importante recalcar que la valoración de la prueba del caso debe ser integral y no aislada, pues si se realiza así, un dato que se considere mediana o relativamente probado y por ello se deseche; puede luego en una evaluación conjunta con otras pruebas cobrar relevancia y unirse al engranaje que finalmente acredite el objeto de prueba en concreto. En el caso, la prueba actuada es abundante: prueba personal directa, pericias, prueba documental, el Juzgador no ha realizado la especificación correspondiente, dando a entender que toda la teoría de la acusación estuviera sostenida en prueba indiciaria, lo cual no es cierto y que ésta no ha logrado acreditarse por algunos medios de prueba actuados que han excluido el hecho consecuencia. Sin perjuicio de lo afirmado, enfocándonos en la afirmación que las lesiones de los agraviados no han sido acreditadas, pese a que los testigos hicieron alusión a ella, debe tenerse muy en cuenta la percepción distinta que cada testigo puede tener respecto de un mismo hecho, lo cual resulta válido y es susceptible de interpretación, salvo que se presente una ilogicidad grosera, que no es el caso, por ejemplo en lo que respecta a la referencia de Miguel Angel Mariños Trinidad, en el sentido de haber observado en el Hospital Belén los cuerpos de los agraviados torturados, si se tiene en cuenta que dichas personas fallecieron por impactos de balas plurales que determinaron no sólo sangrado, sino cambios propios en la piel, es fácil colegir que dicha escena, para una persona neófita en estos temas, lógicamente puede entenderse como tortura, sin reparar siquiera en la definición apropiada de dicho término, y respecto de los demás testigos hacen alusión al golpe con un triciclo y ser botado de un techo, puede no necesariamente haber dejado secuela en el cuerpo de las mismas o ser mínimo como para constituir propiamente una lesión de relevancia como para ser reportada por los peritos, máxime si en el caso de uno de los occisos , la alusión de ser botado del techo se enmarca en una vivienda de un piso, distinto es el caso de la

afirmación que uno de los agraviados fue pateado y golpeado con una escopeta, que debió tener correlato en la integridad del occiso, lo que en todo caso, es un dato para evaluar la fidelidad del testigo que brindó tal información, el contexto de la prueba global, pero que por sí solo, no elimina su valor. Al margen de ello, en la teoría fiscal no se imputó que los agraviados fueron lesionados o torturados, sino que fueron privados de su libertad y luego ejecutados por los procesados, cegándoles la vida, es decir el Juez se ha centrado en un asunto de menor relevancia y no en el objeto de prueba relevante en el marco de la teoría del caso. Ahora bien en cuanto a la afirmación de que existieron disparos a corta distancia en dos prendas presuntamente de dos agraviados acreditando dicha probabilidad con la pericia toxicológica correspondiente y contrario a ello se presenta también exámenes periciales realizados por la médico legista de la Oficina Médico Legal del Ministerio Público y exámenes de balística Forense en las que se concluye que no han hallado ninguna característica de disparos a corta distancia en los cuerpos examinados a los agraviados. El Ad quo afirma esto porque le otorga preeminencia a las últimas pericias respecto de la primera, sin embargo, en el debate se ha brindado información que si bien resultaría contradictoria, este dilema se disuelve con el análisis conjunto de toda la prueba pericial y la apreciación del respaldo científico y coherente de los peritos, como más adelante se explicará. Por lo que esta afirmación del Ad quo resulta imprecisa, aislada y no guarda armonía con el contexto en general.

52. La fiscalía cuestiona en torno al Análisis de las pericias patológicas y Antropológica ,que el Ad quo sostiene como contradicción de los peritos el hecho que el primero diga que se manda una **muestra occipital y temporal** y luego se hable de una muestra de **parietal , sin embargo,** sostiene que dicha eventual contradicción ha sido explicada en el plenario por el perito Hugo Castro Pizarro. El Juzgador señala en la recurrida que no se ha acreditado mínimamente que los restos óseos analizados por el patólogo forense Hugo Castro Pizarro en su dictamen pericial correspondan al occiso Carlos Iván Mariños Ávila, porque estas muestras fueron recibidas sin cadena de custodia y existe contradicción del tipo de hueso objeto de la pericia, si fue un hueso parietal o temporal, la contradicción se presenta entre lo vertido por el citado perito, lo referido por el doctor Pedro Marrou Holguin. Lo mismo acontece con el examen pericial Antropológico, señalando el perito Danny Humpire Molina que recibió dos fragmentos óseos presuntamente de Carlos Iván Mariños

correspondientes a un occipital izquierdo y un temporal derecho, sin cadena de custodia, lo que no concuerda con lo expresado por el doctor Pedro Marrou Holguin, con lo cual, concluye, se presenta una seria irregularidad respecto a las muestras óseas examinadas, restándole total valor probatorio que acredite lo dicho por el perito en juicio.

53. Sobre este asunto debe señalarse que es un principio subyacente al proceso penal que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, por el contrario, se debe arribar a ella por los medios y en la forma que la ley lo faculta; desde esa perspectiva, el fundamento de una *exclusión probatoria incide en la preferente posición que ocupan los derechos fundamentales de las personas en el ordenamiento jurídico,* siendo habitualmente vulnerables en esta materia los derechos a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. El juzgador ha puesto de manifiesto la importancia del procedimiento de cadena de custodia[6] - y relevando el deber de garantizar el procedimiento y las reglas de valoración de la prueba -, ha cuestionado la actuación fiscal, en la remisión de los restos óseos, por no haberse ceñido a lo dispuesto por el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. La cadena de custodia tiene que ver con la denominada prueba material, vinculada básicamente con los objetos y documentos que se exhiben (actúan) en el juicio oral, de allí que su introducción en esta etapa, en el marco de un proceso acusatorio de corte adversarial, es muy relevante. Sobre la producción de la prueba material Baytelman y Duce nos dicen que "...se rige por dos lógicas en tensión: de una parte, la lógica de la desconfianza; de la otra, la lógica del sentido común"[7]. En cuanto a la primera, "nadie tiene porqué creer que esto es lo que la parte que lo presenta dice que es, simplemente porque ella lo diga...", "La principal consecuencia de la lógica de la desconfianza es la exigencia de que los objetos y documentos deban en general ser "acreditados" (o cualquier otra denominación que se adopte para esta idea); esto es, que alguien declare que efectivamente aquél objeto corresponde a aquello que la parte pretende acreditar. Esto implica que los

[6] El artículo 7º del Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 de junio de2006), define la Cadena de Custodia como "...el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso..."

[7] BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Editorial Alternativas S. R. Ltda. Lima - 2005, p. 237.

objetos y documentos deben ser ingresados por lo general a través de testimonio"[8]. Por otro lado, en virtud de la lógica del sentido común, "...hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen. Se trata de casos en que, por ejemplo, la estandarización de los documentos o la obviedad de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión más bien hacia la parte que desea controvertir su autenticidad"[9]. En síntesis, la prueba material debe acreditarse en el juicio oral, debe establecerse su origen y su fidedignidad.

54. Con relación a la cadena de custodia, su procedimiento y finalidad en el proceso penal, es menester precisar en primer término, que los formatos autorizados no constituyen en sí la cadena de custodia; en segundo lugar, el propósito de esta cadena es mantener continuidad para garantizar que el objeto siempre fue el mismo y que no fue cambiado por otro similar, de allí que por ejemplo, se "rompa la cadena de custodia" cuando el cuchillo con el que se cometió un asesinato es sustituido por otro, por ende serían alteradas y falsas las pruebas periciales que se practiquen sobre dicha arma. Cuestionando el carácter de requisito excesivamente formal que se otorga a la cadena de custodia en los países con poca experiencia en verdaderos juicios adversariales, Baytelman y Duce nos dicen:"...la exigencia de una cadena de custodia se pone de moda como una especie de requisito puramente formal, sin real comprensión de que todo el tema con la cadena de custodia es poner a un testigo en condiciones de poder genuinamente decir "este objeto es ese"[10]. Si bien cuando la cadena de custodia se rompe, la evidencia (objeto o documento) queda expuesta a ser cambiada, modificada, deteriorada e incluso destruida, **sin embargo, que se haya roto la cadena de custodia no significa que la evidencia haya sido cambiada,** modificada, deteriorada o destruida, puede serlo como también no puede serlo; tampoco su ruptura implica descartar de plano la utilidad del medio de prueba, será el juez quien valore en cada caso su naturaleza y trascendencia; correspondiéndole por cierto también al juez, validar la autenticidad e integridad de la prueba material en comunidad con los demás medios de prueba actuados en el juicio. No existe dispositivo

[8] Idem. p. 237.
[9] Idem. p. 240
[10] Idem. p. 247.

Luis Arturo Mendoza Rojas
Especialista Legal
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

alguno que contemple la inadmisibilidad o inutilidad del medio de prueba por haberse roto la cadena de custodia[11] .

55. En ese contexto se tiene que el perito **Danny Humpire Molina, autor del** Dictamen Pericial N° 648-2008 manifestó que se le remite una muestra de fragmentos de tejido óseo del occiso Mariños Ávila, para esto es necesario que lo realice un antropólogo físico forense, le remiten las muestras, limpia el tejido óseo ubicar anatómicamente las piezas remitidas, llegando a establecer solo dos piezas, un occipital con un parietal, observaron que en la parte del occipital del lado izquierda, en una de las parte se puede apreciar que presenta un orificio de entrada, ocasionado por un impacto de proyectil de arma de fuego, se ve un desprendimiento del tejido óseo por donde ingresa el proyectil, eso va a indicar la incidencia o la ubicación del victimario, el orificio de entrada tiene irradiado patrones de fractura, esto le indica que el disparo **es a corta distancia**, solamente usando la lógica de que cuando estamos más cerca va a haber bastante fuerza si estamos más alejados la fuerza es menos, aplicando energía cinética por la deflagración del proyectil de arma de fuego, en su experiencia y en los artículos científicos, cuando son armas blancas no se va a encontrar eso, y considerando que esa parte occipital es una región más dura porque hay una concentración de tejido óseo, no es como la parte frontal, basado en la misma evidencia, han obtenido la trayectoria el ángulo era de abajo hacia a arriba y sale por el parietal entonces se ve claramente que el disparo ha sido realizado por la parte posterior. El médico legista determina la causa de muerte el antropólogo forense apoya para establecer la manera en que ha muerto. El disparo ha salido, **ha sido perforante**, el diámetro del orificio es de 9 milímetros, compatible con una arma corta, las evidencias que obtiene la remite al patólogo y a fiscalía, no hubo cadena de custodia porque aun no tenían el modelo acusatorio, trabajan con las interconsultas, pedidos, era un procedimiento normal, hizo un estudio comparativo descriptivo experimentó en diez cabezas de porcino encontró que a corta distancia genera este patrón de fractura en la cabeza del animal. Se considera a corta distancia dentro de los cincuenta centímetros. Es posible que la dureza de la parte occipital varia por la edad, pero esta persona que tenía 19 años

[11] Ponencia del Señor Juez Superior Titular Juan Rodolfo Segundo Zamora Barboza, en la sentencia expedida el 07 Setiembre del 2009, en el Exp.N°02-2009 proceso penal seguido contra Eduardo Gustavo Segura Rojas por delito de Cohecho pasivo especifico y Tenencia ilegal de Arma de fuego y municiones, en agravio de el Estado y Rosa Nelly Urbina Novoa.

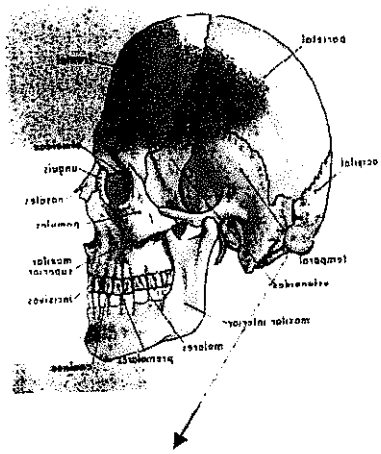
justamente concuerda con el patrón de fractura. Para determinar el cálculo de penetración considera como variables aparte de la energía cinética, el patrón de fractura que encontraron en el tejido óseo. El ángulo de inclinación de la víctima era de 60 grados basados en la incidencia del proyectil que va de abajo hacia arriba, refiriéndose a la distancia de la lesión en el tejido a donde estuvo el armamento.

56. Por su parte en el plenario se realizó el **EXAMEN PERICIAL DE HUGO CASTRO PIZARRO**, quien señaló que recibió dos fragmentos, uno correspondiente al hueso de la parte occipital y el otro a la parte temporal, el primero tiene una medida de 8x7x0,4 y con un solución de continuidad de 0,9 x0.9 cm y en el segundo se encontró una medida de 7,3 x 4,2 x 0.4 al estudio microscópico se halló una fractura irradiada del hueso occipital, siendo este un hueso mastoideo, el más grueso que tiene el cráneo debido a que acoge el sistema de equilibrio del cuerpo; las fracturas ocasionadas en éste caso son de gran impacto, no pudiendo haber sido producidas por energía de larga distancia para ocasionar la fractura que se encontró, ya que tenía trazos de fractura que irradiaba todo el hueso, en el hueso temporal derecho encontramos el orificio de salida del proyectil el arma de fuego. De otro lado señala, que los huesos, están formados por unas células llamadas *osteocitos*, la cual está formada por un componente mineral bastante resistente, y que según varios estudios científicos ha demostrado que éste hueso es más resistente que el cemento y que el titanio, es por ello que el hueso debió tener un impacto de tal energía que pueda ocasionar una ruptura y que al mismo tiempo tenga orificio de entrada y de salida. Es importante agregar que si bien en el pronunciamiento médico emitido por el perito Hugo Castro Pizarro, ha mencionado que los restos óseos remitidos fueron los huesos occipital izquierdo y parietal derecho, esto se debe a un error el cual fue subsanado por él mismo al momento de ser examinado en el juzgamiento. Ha de tenerse en cuenta que lo fundamental en dicha pericia es determinar si los disparos perforantes que ocasionaron la muerte del agraviado Carlos Iván Marinos Ávila fueron a corta o larga distancia, como bien lo ha explicado el perito, sin lugar a dudas estos fueron efectuados **a corta distancia**, pues de haber sido realizados a larga distancia por la misma energía cinética, la bala se hubiera quedado alojada en el interior cráneo, y que para el caso en concreto no fue así, pues el proyectil salió por el lado temporal derecho como ya ha quedado especificado, además debe tenerse en cuenta la explicación de Castro Pizarro al mencionar que el hueso perforado es aún más resistente que el

Luis Arturo Mendoza Tejas

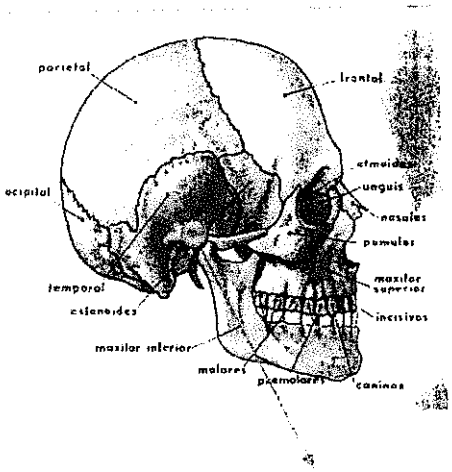
mismo cemento y el titanio, afirmación que es relevante para definir contundentemente que los orificios encontrados en el cráneo del agraviado fueron hechos a corta distancia.

Lado izquierdo



Orificio de entrada

Lado derecho



Orificio de salida

57. De lo expuesto, se desprende que en principio la inexistencia de la cadena de custodia, o incluso la ruptura de la misma, per se no determina la alteración de la prueba, sino en el marco de la libre valoración de la prueba el juzgador debe determinar en base a las declaraciones de los emitentes del documento, si esta alteración se ha producido. En el caso la solvencia de la explicación del perito, fundamentándose en los argumentos científicos permiten determinar que tal cuestionamiento no es relevante, y como tal que las muestras corresponden al occiso Mariños Ávila y que presentó disparos a corta distancia. No está demás señalar que los hechos acaecieron en Octubre del año 2007 y en nuestro distrito judicial se implementó el nuevo modelo procesal en Abril del mismo año, lo explica que dado lo incipiente de la reforma existieran falencias de ese tipo, pero que, no pueden significar la exclusión de la prueba material o pericial, como se ha explicado.

<u>De los reparos de la actora civil</u>

58. Dicha parte cuestiona que la defensa ha invocado como causa de justificación de su conducta lo dispuesto en el artículo 20 incisos 8 y 11 del Código Penal, sin embargo, esta causa de justificación no se presenta en el caso. En lo atinente a la concurrencia de la causa de justificación invocada, prevista en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, es necesario

precisar que la causa de justificación en comento, consiste en declarar ajustada a Derecho la realización de una conducta típica llevada a cabo por el sujeto agente en cumplimiento de un deber, el cual se encuentra establecido por una parte del ordenamiento jurídico, es decir si en cualquiera de los sectores del ordenamiento jurídico se establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, aunque con ello lesione los bienes jurídicos penalmente protegidos, resulta claro que en este caso debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes. Este supuesto justificante exige necesariamente la existencia de un deber consagrado en la ley, es decir tiene que ser un deber jurídico, de ninguna manera moral, y que el sujeto agente cumpla con una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo del tipo. El "cumplimiento de un deber" sugiere la posibilidad de que, al realizar conductas activas u omisivas legalmente exigibles –deberes jurídicos, por lo tanto, y no meramente morales-, el "obligado" a tales conductas se comporte típicamente y ataque un bien jurídico-penalmente protegido[12]. Sin embargo, para que se presente dicha figura es necesaria la concurrencia indispensable de los siguientes requisitos o elementos, ya que de no concurrir uno de ellos, la eximente no funciona. Estos requisitos son: a) *Existencia de un deber jurídico*: Debe ser anterior a la realización del comportamiento típico, debe existir necesariamente un deber impuesto por la ley, entendido por ley toda prescripción de carácter general y con obligatoriedad erga omnes; se descarta de ese modo los deberes morales. Empero, la justificante no opera en la conducta con la cual se haya cumplido de cualquier forma con el deber, sino se exige que el cumplimiento de un deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho. b) *El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido*: Resulta indispensable que el deber jurídico que se ha dado cumplimiento sea de mayor o igual jerarquía al deber que se ha dejado de lado para que opere la justificante,[13] por ejemplo: En el caso que un efectivo policial (funcionario público) en ejercicio de sus funciones dispara y mata a un delincuente que estaba a punto de disparar en contra de su víctima. Sin embargo, si se determina que el deber cumplido fue de menor jerarquía al infringido, la justificante no opera. Por ejemplo: Cuando el mismo efectivo policial (funcionario público) dispara y mata a un delincuente que huye de la escena del crimen por el simple hecho de evitar su fuga. De tal forma,

[12] **CASTELLANOS**, Rafael; "Derecho Penal Parte General Teoría jurídica del delito". págs. 250 y 251.
[13] **SALINAS SICCHA**, Ramiro; "Código Penal comentado". pag. 783.

Luis Arturo Mendoza Rojas
Secretario
Sala Penal de Apelaciones

cuando la autoridad al momento de cumplir con su deber de función o profesión hace uso de la violencia, se admite en este caso el principio básico que es el de menor lesividad posible, es decir, el empleo de fuerza racionalmente imprescindible para el cumplimiento de la obligación. Es una exigencia clara, la proporción o adecuación a las circunstancias del caso debe determinar el grado de la violencia empleada por el agente. c) *Necesidad de ejecutar la conducta típica*: Debe existir o mediar una necesidad urgente, es decir, el agente en el caso concreto, no tiene otra alternativa a la de ejecutar un comportamiento típico en cumplimiento de su deber. Si llega a determinarse que el agente tuvo la posibilidad de cumplir con su deber de forma diferente a la de realizar la conducta típica, la eximente no opera. Por ejemplo: Se requiere la necesidad racional de la violencia para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, ya que se podría restablecerlo con cualquier otra medida no violenta. En consecuencia, ha de ser proporcional a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa. d) *Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico.-* En virtud al doble componente con que cuentan las causas de justificación: uno objetivo y otro subjetivo, el presente requisito es de carácter subjetivo de la justificante en análisis. Consiste en que el agente debe conocer que actúa en cumplimiento de un deber. En otros términos el agente o autor del comportamiento típico debe ser consciente de que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Si se llega a determinar que actuó movido o guiado por otros fines, la eximente no aparece. Por ejemplo: No opera tal eximente, cuando un agente policía mata a un delincuente que se encontraba a punto de asesinar a otra persona, cuando su accionar ha sido motivado por su ánimo de venganza, en virtud a que su conviviente había cometido adulterio con dicho delincuente. Más adelante se indicará si se presenta o no dicha causa de justificación.

59. La parte apelante también cuestiona que el Juzgado de instancia no ha evaluado racionalmente las declaraciones brindadas por los testigos, enfocándose en aspectos irrelevantes y no en la información trascendente de los mismos. Sobre este punto, este tribunal ha evaluado, con ocasión de la apelación de la Fiscalía, en extenso los cuestionamientos a dichas declaraciones, por lo que nos remitimos a lo expresado en los fundamentos pertinentes.

60. Cuestiona la apelante que el Ad quo no ha tenido en cuenta la evaluación de la pericia balística N° 573- 2007 y la declaración del perito EDGAR ROCHA ROJAS en el plenario. Dicho perito fue examinado en relación a la pericia balística antes mencionada, que constituye un examen realizado a cuatro muestras incautadas: i) 01 pistola marca "Lorcin", la cual dio positivo a la prueba química para comprobar si existía combustión de pólvora, es decir si había sido percutada. Esta arma es de uso civil y tiene abastecedor de tipo cacerina, es semi - automática, tiene un alcance real de 1000 metros, siendo su alcance efectivo de 70 metros, tiene una medida aproximada de entre 16 y 17 centímetros. ii) 01 escopetín de dos tubos, con un cartucho y un casquillo, es de calibre 20 (medición diferente al calibraje utilizado para las pistolas), es de uso artesanal y por ende su funcionamiento es de tipo bisagra, en cada uno de los tubos va un cartucho (02 cartuchos como recarga máxima), el alcance en este tipo de armas está relacionado directamente con el tamaño del tubo cañón. Para el caso, aquel tenía una medida de 30 centímetros, lo cual hace que el alcance del arma sea menor al de un arma convencional. En este tipo de armas deben recorrer el tubo cañón para luego comenzar a abrirse, entonces siendo el recorrido del cartucho muy corto los disparos se abrirán más cerca, ya que en los cartuchos para escopeta vienen una copita donde están contenidas las municiones, luego de 1.50 mtrs. se deprende el taco, y los proyectiles salen solos generando un efecto de bola de billar, la cual consiste en que una bola empuja a la otra. iii) 01 escopeta calibre 20, esta es un arma también de fabricación artesanal, mide 63.50 centímetros (tubo cañón), según el perito el arma podría esconderse debajo de la cintura pues la culata ha sido recortada dejándola en forma de empuñadura. La cuestión es constatar si un arma de fabricación artesanal, con un tubo cañón de 63.50 centímetros, sin incluir la empuñadura, puede ser escondida debajo de la cintura permitiendo libre y ágil desplazamiento al que la usa. iv) 01 encendedor tipo revólver (03 cartuchos no convencionales), no es un arma de fuego por ende no se puede realizar un examen balístico.

61. Del tenor de esta pericia se advierte como está acreditado en los hechos y ha sido reiterativo por la defensa tanto en su alegato de apertura como final en el juicio, que en el primer enfrentamiento presuntamente realizado contra tres sujetos que venían a bordo de una motocicleta se incautaron la pistola marca Lorsin color negra con cacerina encontrada en dicha arma, un cuchillo de cocina y un revólver de fogueo. Si esto es así, resulta extraño que tres sujetos a bordo de una motocicleta, uno solo de ellos portando un

Luis Arturo Mendoza Rojas

arma, se entiende que el último porque el primero manejaba, el segundo en su posición intermedia no tenía una visión sobre el objetivo de tiro, por lo que debió ser el tercero que iba en la parte posterior, lo que no explica porque en el examen del perito Manuel Alberto Sánchez Pereda respecto de la pericia 416-2007 que se practicó a Enríquez Lozano Víctor, Reyes Saavedra Ronald, Esquivel Mendoza Carlos, Mariños Ávila Carlos, se realizó luego de doce horas del incidente, los resultados son para Enríquez Lozano Víctor, Reyes Saavedra Ronald, Esquivel Mendoza dieron positivo para plomo antimonio y bario compatible con resto de disparos de arma de fuego y para Mariños Ávila dio resultado positivo para plomo y bario y negativo para antimonio. Es decir, tres de los occisos resultan con restos de metales compatibles con disparo de arma de fuego, cuando como se reitera en la escena del primer enfrentamiento solo uno pudo utilizar el arma de fuego pues afirmar que se fueron alternando el arma en un contexto de huida resulta una afirmación por demás fantasiosa.

62. El perito Edgar Rocha también fue examinado respecto de la pericia **Balística 576-2007**, informando que se trata de un examen técnico -balístico en un vehículo tipo camioneta, marca Nissan, con placa de rodaje PJ-0407, la cual presentaba tres orificios de proyectil de arma de fuego, el primero (01) ubicado en la parte posterior del lado derecho con una medida de 0.8 x 1.7 cm, de dimensiones, y era compatible con lo producido por un proyectil calibre 38 o 9 mm, con una trayectoria de derecha a izquierda, ligeramente de abajo hacia arriba; el segundo (02) ubicado en la parte posterior de la puerta de adelante del lado derecho del vehículo , con una dimensión de 0.87x2.63 compatible con lo producido por un proyectil de calibre 38 o 9 mm; el tercero (03) ubicado en el faro anterior del lado derecho del vehículo con una dimensión de 0.87x0.98 cm **los que serian compatibles con proyectiles de calibre 38 o 9 mm.** En consecuencia, los orificios encontrados en el vehículo policial no pudieron haberse producido por el uso de las armas de fuego descritas en el peritaje 573-2007, es decir, la pistola marca "Lorcin", el escopetón la escopeta o el encendedor . Al contrainterrogatorio de los abogados el perito, expresó que la pistola "Lorcin" no podía hacer ese tipo de orificio debido a que tiene un calibre menor al 0.38 o 9 mm, pues esta arma es de un calibre 6.35 dejando un orificio más pequeño del hallado, asimismo tampoco dichos orificios pudieron ser producidos por la escopeta toda vez que ésta tiene cartuchos de proyectiles múltiples. Asimismo, otro dato importante es que de acuerdo a lo informado en la Pericia Balística N° 561-2007, en la cual fueron

periciadas las nueve armas que habrían utilizado los procesados, varias de ellas corresponden a 01 pistola Pietro Beretta calibre 9mm serie F50742-Z; 02 pistolas Star calibre 9mm. serie 1818905 y 1809817, lo que se debe concatenar con el informe de Balística Forense N° 576-2007, en el cual se verifica los impactos de bala en el vehículo policial de placa de rodaje PG 407, siendo estos realizados con proyectiles de armas de fuego de calibre 38 y/o 9 mm. Ahora bien, si dichos disparos no corresponden al arma utilizada por los agraviados, y algunas de las usadas por los procesados son de 9 mm. Es posible colegir, no habiéndose dado cuenta de la existencia de otras armas, que los impactos fueron con armas de fuego utilizadas por personal policial, lo cual no encuentra explicación alguna en la tesis de enfrentamiento que postula la defensa.

63. **El perito en mención también realiza** la Inspección técnico Balística N° **563-2007** en los 04 cadáveres de los occisos, obteniendo como resultados los siguientes según ha detallado en el plenario: i) Cadáver 01: **Carlos Iván Mariños Ávila,** el cual presentaba dos orificios de ingreso y dos orificios de salida, orificios de curso perforante, **el primero** ubicado en la región mastoidea izquierda (atrás del pabellón de la oreja) de 0.5 cm de diámetro compatibles a los producidos por armas de fuego de calibre de 38 o 9 mm, de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba, con un orificio de salida en área temporal; **el segundo** ubicado en la región escapular derecha, por debajo de los hombros, de 1.2 x1.5 de dimensiones compatibles a lesiones producidas por un proyectil de armas de fuego calibre 38 o 9 mm, con orificio de salida en la zona supra escapular. ii) Cadáver 02: **Ronald Javier Reyes Saavedra,** presentaba dos heridas de cursos perforantes, **la primera** herida ubicada en la zona vertebro cervical derecha, bordes regulares e invertidos, compatibles con los originados por un arma de fuego calibre 39 o 9 mm de abajo hacia arriba, **la segunda**, ubicada en la región vertebral derecha, con bordes regulares e invertidos, compatibles con lesionas producidas por un arma de fuego calibre 38 o 9 mm, con orificio de salida en la región hemitorax. iii) Cadáver 03: **Alexander Enríquez Lozano,** el cual presenta 05 heridas producidas por proyectiles de armas de fuego; la primera, ubicada en la cabeza en la región vertebro cervical derecha, de 0.5 cm de diámetro de bordes irregulares e invertidos, compatibles con los producidos con un arma de fuego calibre 38 o 9 mm, con orificio de salida en la región parótida derecha; **la segunda**, ubicada en la región vertebral derecha de borde regulares e invertidos, compatibles con los producidos el ingreso tangencial de un arma de fuego calibre 38 o 9 mm, de abajo hacia

Luis Arturo Mendoza Rojas

arriba; **la tercera**, ubicada en la pierna derecha, de 0.4 de diámetro, de bordes regulares e invertidos, compatibles a los producidos a los proyectiles de un arma de fuego calibre 38 o 9 mm, a larga distancia, cuyo orificio de salida se ubica en el tercio superior del muslo; **la cuarta**, ubicada en la pierna derecha, de curso perforante en la cara posterior externa del tercio medio de la pierna, de 05 de diámetro, compatibles con las producidas por proyectiles de armas de fuego calibre 38 o 9mm, de larga distancia, con orificio de salida de 1.5x2.0 cm de borde regulares e invertidos; **la quinta**, ubicada en la pierna izquierda de curso perforante , en la cara anterior del tercio medio del muslo de 1.5 cm de diámetro de bordes regulares e invertidos compatibles a los producidos por armas de fuego calibre 38 0 9 mm, con herida de salida de 1.5 x2.0 cm de dimensiones de bordes irregulares e invertidos. iv) Cadáver 04: **Carlos Iván Esquivel Mendoza,** presenta 6 heridas por armas de fuego; **la primera**, en la cabeza de curso perforante, ubicada en la región vertebro cervical derecha de 1.2 x 1.0 cm de dimisión de bordes regulares e invertidos, compatible con los producidos con proyectil de arma de fuego de 38 o 9 mm de abajo hacia arriba, a larga distancia, con orificio de salida de 1.5x2.0 cm ubicada en el vértice superior anterior de la región ocular y parotídea izquierda de bordes irregulares e invertidas; **la segunda**, ubicada en la cabeza de curso perforante, en la región vertebro cervical derecha, de 1.2x1.0 cm de dimensión de bordes regulares e invertidos, compatibles por ingreso tangencial de un proyectil de arma de fuego calibre 38 o 9 mm de abajo hacia arriba, a larga distancia, presenta herida de salida de 1.5 x 2.2. cm de bordes irregulares e invertidos; **la tercera**, herida ubicada en el tórax de curso penetrante, situada en la región vertebro escapular derecha de 0.6 cm de diámetro con bordes regulares e invertidos, compatibles a los producidos por proyectil de arma de fuego calibre 38 o 9 mm ; **la cuarta**, herida ubicada también en el tórax de curso penetrante, ubicada en la región escapular derecho, de 0.6 cm de diámetro, con bordes regulares e invertidos compatibles con los producidos por armas de fuego calibre 38 o 9 mm, de abajo hacia arriba; **la quinta**, herida también en el tórax, de curso perforante, ubicada en la región dorsal derecha, de 0.6 cm de diámetro, de bordes regulares e invertidos, con orificio de salida con un diámetro de 1.0x1.5 de dimensiones, compatibles con los producidos por un arma de fuego calibre 38 o 9 mm; **sexta**, herida de curso perforante, ubicada en la cara externa del tercio proximal de la región del muslo derecho de 0.6 cm de diámetro, de borde regulares invertidos, de arriba hacia abajo, cuya herida de salida se ubica en la cara interna de la región superior del muslo

derecho, de 1.4 x1.0 cm de dimensión de bordes irregulares e invertidos, además presenta una herida de reingreso ubicada en la cara interna del tercio superior del muslo derecho, de 1.4x 2.0 cm de dimensión de bordes irregulares e invertidos.

64. Del análisis de las pericias concatenadas con la tesis defensiva se tiene que según refiere la perito Amalia Mendoza Navarro, en el Protocolo N° 330, el agraviado Víctor Enríquez Lozano tuvo un disparo en la cabeza, el orificio ha sido de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba, de atrás hacia adelante, uno en el tórax y tres en miembros inferiores, cuatro disparos de atrás hacia adelante y uno de adelante hacia atrás. En cuanto a Carlos Iván Mariños Ávila, la misma perito en el Protocolo N° 333, concluye que en el examen externo presentó dos heridas perforantes por proyectil de arma de fuego, una en la cabeza y otro en la pared toraxica posterior, ambos disparos tiene trayectoria de atrás hacia adelante, de abajo hacia arriba en posición anatómica del cadáver. La perito Janeth Liliana Ibáñez Castillo señala en el Protocolo N° 331-2007, que el agraviado Ronald Javier Reyes Saavedra presentó heridas por proyectil de arma de fuego, las trayectorias fueron de atrás hacia adelante de abajo hacia arriba y del lado izquierdo a derecho. Respecto al protocolo N° 332, concluyó la misma perito, que Carlos Iván Esquivel Mendoza presentaba cinco heridas perforantes, dos en tórax, una en cabeza y dos en miembros inferiores, y una herida penetrante en la pared toraxica encontrándose un proyectil de arma de fuego en la zona mentoniana derecha, estableciéndose que la trayectoria de los disparos fueron de atrás hacia adelante. En conclusión de la evaluación conjunta de las pericias se tiene que en la tesis defensiva los agraviados fueron abatidos por multiplicidad de disparos de armas de fuego de parte de los procesados, eso está acreditado, en la tesis defensiva en el primer enfrentamiento, este supuesto ataque habría sido realizado por una sola persona con una pistola LORCIN, frente a un gran contingente de policías que estaban en vehículos policiales, no se explica tampoco, como se anotó, porque todos los agraviados, salvo Mariños Ávila, en ese contexto tendrían restos de metales compatibles con haber realizado disparos con armas de fuego; no debe dejarse de lado, que la pericia fue practicada varias horas después, siendo el antimonio un metal volátil, por lo que el perito señaló que el resultado podría obedecer a que el agente realizó constantes disparos, lo que no se explica en el contexto referido. Ahora bien, en el segundo enfrentamiento siempre la tesis defensiva, ha sostenido que luego de abatirse a uno de los occisos se quedó tirado en el piso, conforme al acta

de intervención policial, una perdigonera hechiza de cacha de madera con dos cartuchos percutados y una escopeta hechiza con cacha, periciadas dichas armas conforme a la pericia 573-2007, una corresponde a un arma de fuego tipo escopetín retrocarga calibre 20 de fabricación artesanal, y la otra a un arma de fuego tipo escopeta retrocarga calibre 20 de fabricación artesanal con un tubo caño de 63.50 cm de longitud, en el mismo documento se indica que el arma de fuego tipo escopetín presentaba en su recámara un cartucho para arma de fuego y un casquillo de cartucho, y presenta características de haber sido utilizada para efectuar disparos. No queda claro si en el interior del arma había un cartucho y un casquillo de cartucho o dos cartuchos. La distinción es importante porque un cartucho es la unidad funcional formada por una vaina o casquillo, una bala o proyectil, la carga de propelente o pólvora y la mezcla iniciadora o fulminante, mientras que el casquillo, que forma parte del cartucho, es la pieza de las pistolas ubicada en la zona de la recámara encargada de enganchar el casquillo tras el disparo y expulsarlo por la ventana de expulsión, por tanto, si se tiene en cuenta que, según el informe pericial dicha arma tiene características de haber sido utilizada para efectuar disparos, lo que no acontece con el arma de fuego tipo escopeta retrocarga solo, eventualmente se pudieron hacer como máximo dos tiros, nos preguntamos, esta circunstancia puede calificarse de enfrentamiento, frente a un gran número de efectivos policiales que estaban portando diversas armas y son altamente calificados. Las reglas de la lógica, indican que no se trató de un enfrentamiento o una confrontación, sino de un acto concreto de querer dar muerte al agraviado, ello en la tesis de la defensa pero cobra mayor relevancia por los argumentos expuestos la tesis de la fiscalía, máxime si se había acreditado el secuestro de las víctimas.

65. En relación a la contradicción entre el Examen Antropológico N° 648-2008 y al Dictamen Pericial de Patología Forense N° 200 practicado sobre los restos óseos del agraviado Carlos Mariños Ávila ya nos hemos ocupado, al dar respuesta a uno de los cuestionamientos de la Fiscalía, por lo que nos remitimos al mismo.

66. Objeta la actora civil que no se ha tenido en cuenta en la sentencia lo manifestado por el perito Ernesto Humberto Ávalos Cordero. El mismo fue interrogado en el plenario y manifestó que en torno al **Pronunciamiento Toxicológico N° 005-T-2009**, la pericia se ha realizado en un polo blanco y celeste, en una bermuda y una correa, de propiedad de quien en vida fue

Luis Arturo Mendoza Rojas

Ronald Javier Reyes Saavedra, el método utilizado son los residuos de disparo y que el análisis se centrará en los residuos del fulminante que permitieron la expulsión de la bala del arma de fuego. En el caso del polo blanco existen dos orificios, en el primer, se encuentra según el dictamen pericial N° 2009002004310 la presencia de tres elementos: Antimonio en un cantidad de 5,80 ppb (partes por billón, Bario en cantidad de de 0,13 ppm (partes por millón) y Plomo en cantidad de 0,16 (partes por millón), lo cual es compatible a corta distancia, el segundo orificio corresponde al dictamen pericial N° 2009002004311, en éste no se encontró restos de ningún elemento, por lo que no es compatible con disparos a corta distancia. Se analizó también la bermuda y correa, sin embargo, no se encontró ningún elemento ni orificio. El perito afirmó que pudo concluir que el disparo respecto al primer orificio del polo blanco fue a corta distancia debido a que encontró en la prenda los tres elementos (Antimonio, Bario y Plomo) y que ellos debió darse dentro de los 50 centímetros pasado este intervalo ya no se van a encontrar residuos, pues cuando el proyectil sale del cañón este sale cargado de los residuos como si fuera una cometa, de otro lado, agrega que los resultados pueden variar, pues si la persona usa guantes antes de disparar o pone una almohada o un cuero frente a su víctima entonces toda la carga del proyectil va quedar atrapada en lo que se le conoce como INTERFASE.

67. Sobre el **Pronunciamiento Toxicológico Forense N° 006-T-2009,** esta pericia es de dos prendas de vestir, una camisa a cuadros color granate y un pantalón jean celeste los cuales son de pertenencia del occiso Víctor Enríquez Lozano , en la primera prenda se ha encontrado un orificio denominado N° 1 y en la segunda se ha encontrado varios los cuales se les denominó N° 2, 3, 4, 5, 6 y 7. En el orificio N° 1, que es el Dictamen Pericial N°2009002004370 se le encontró Antimonio ppb (partes por billón), bario 1,11 ppm (partes por millón) y plomo 1,63 ppm (partes por millón). En el Orificio N° 02 no es compatible con un disparo a corta distancia ya que solo se encontró plomo en cantidad de 0,59. En el orificio N° 3 que es del dictamen pericial N° 2009002004372, no se encontró ningún elemento por lo que no es compatible con disparo a corta distancia. en orificio N° 4 que es el dictamen N° 2009002004373 se le encontró Plomo 0,44ppm (partes por millón) no encontrándose Bario ni Antimonio, por lo que no es compatible de haber sido ocasionado por disparo a corta distancia. Orificio N° 5 que es del dictamen pericial N° 2009002004374, no se encontró ningún elemento por ende no es producto de un disparo a corta distancia. Orificio N° 6 que

es el dictamen pericial N° 2009002004375, solo se halló Plomo en proporción a 1,01 ppm (partes por millón) por lo que no es compatible a ser a corta distancia. Orificio N° 7 que es del dictamen pericial N° 2009002004376, solo se encontró Plomo 1,24 ppm (partes por millón) por lo que no es compatible a ser producto de un disparo a corta distancia.

68. En cuanto al **Pronunciamiento Toxicológico Forense N° 007-T-2009,** ha señalado que la pericia se realizó en las prendas pertenecientes a Esquivel Mendoza Carlos, consistentes en un polo verde, un jean azul una correa negra de cuero, sobre la última no se realizo ningún examen dado que no presentaba orificios de disparos. Respecto, del polo se han hallado seis orificios que se signaron como N° 01, 02, 03, 04, 05, 06 los cuales han derivado en los dictámenes periciales N° 2009002004331, 2009002004333, 2009002004343, 2009002004344, 2009002004345, 2009002004346 y el sétimo orificio se encontraba en el jean color azul con dictamen pericial N° 2009002004347. De los orificios descritos solo en el N° 03 se han encontrado Antimonio en proporción de 21,3 ppb (partes por billón), Bario en 0,62 ppm (partes por millón) y Plomo en 0,50 ppm (partes por millón), y al estar presente los tres elementos se le considera que el disparo fue hecho a corta distancia, por ende fueron realizados a un distancia no menor de 50 cm de la víctima.

69. En esta línea de argumentación para este Tribunal, de la evaluación de la prueba personal, pericial, y documental permite concluir que luego de ser privados de su libertad, los procesados dieron muerte a los agraviados, no se trató de un enfrentamiento, como ha alegado la defensa, los procesados no cumplieron con su deber como funcionarios de la Policía Nacional de manera razonable, sino más bien acribillaron a los agraviados. Para que opera la causal de causa de justificación invocada, prevista en el artículo 20 incisos 8 y 11, lo primero que se requiere es determinar si los procesados actuaron bajo el cumplimiento de un deber, debe existir un deber impuesto por la ley, entendido por ley toda prescripción de carácter general y con obligatoriedad erga omnes. No cabe duda que acorde a la disposición constitucional prevista en el artículo 168 de la Carta Política la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. (...) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la

Luis Antonio [illegible] Rojas
Secretario [illegible]
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

delincuencia (...) Pero estas prerrogativas están desarrolladas en las leyes y los Reglamentos que rigen tal institución.

70. Resulta importante e ilustrativo tener en cuenta las definiciones que se indican en el Reglamento del Decreto legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, dicho dispositivo define la *intervención policial* como el acto inherente del personal policial en el ámbito de sus funciones, atribuciones y competencias, así como la materialización de las tareas establecidas en un plan de operaciones con la finalidad de controlar un incidente, emergencia o crisis. Y en cuanto al *peligro real o inminente* lo describe como el acto evidente, manifiesto o inmediato, generado por quien empleando violencia o armas puede causar lesiones graves o muerte. **En lo que se refiere al respeto al principio de legalidad establece que esto** implica la sujeción de la fuerza pública al mandato de la ley. La atribución de emplear la fuerza contra las personas tiene límites, condiciones y protocolos explícitos y previamente establecidos, para el ejercicio legítimo de este recurso. El objetivo legal es la finalidad a la que se dirige el uso de la fuerza. El uso de la fuerza debe estar amparado en normas jurídicas constitucionales, legales, reglamentarias, administrativas o directivas, dentro de las facultades atribuidas a la Policía y de acuerdo con los fines para que les fueron conferidas. **En el ámbito del principio de necesidad se debe tener en cuenta** el nivel de cooperación, resistencia activa o pasiva, agresión o grado de oposición, que realiza un presunto infractor frente a una intervención de la autoridad policial, *tomando en cuenta la peligrosidad de su accionar, los elementos que emplee, la intensidad de la agresión* y las condiciones del entorno en que se desarrolla. En lo relativo al **principio de proporcionalidad se debe tener en cuenta** *el nivel de fuerza y los medios empleados para alcanzar el objetivo legal buscado deben ser al concordantes y proporcionales a la resistencia ofrecida, la intensidad de la agresión o amenaza, la forma de proceder y el peligro que representa la persona a intervenir o la situación por controlar.* La proporcionalidad se establecerá entre los bienes jurídicos que se defiendan, los bienes jurídicos por afectar y los medios que se disponen para tal defensa, excluyéndose el criterio de igualdad de medios.[14]

[14] Reglamento del Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú - DECRETO SUPREMO N° 012-2016-IN.

71. De lo antes referido se colige que en determinados casos, se justifica que los procesados como funcionarios policiales utilicen sus armas de reglamento para conjurar situaciones de peligro, pero *per se* no los exime de responsabilidad penal. Debe evaluarse si su actuación en el caso concreto se ha supeditado a los principios antes invocados. La tesis defensiva ha postulado desde el inicio que hubo un enfrentamiento, pues según alega, toda vez que los procesados no han prestado declaración, repelieron el ataque realizado por tres sujetos a bordo de una motocicleta y luego el ataque de uno de los occisos, con motivo a realizarse una intervención a un delincuente conocido como "Borrego". Ahora bien, si se invoca el término enfrentamiento, dicha definición implica la acción y también el efecto de enfrentarse una persona con otra, con un grupo, o viceversa. Normalmente, los implicados en un enfrentamiento lo están como consecuencia de alguna desavenencia o conflicto en un tema que los involucra.[15] Pero sin embargo, de la actuación probatoria no se desprende que haya habido un enfrentamiento, sino más bien un actuar ilegal de los procesados, quienes luego de privar de la libertad a los occisos, les dieron muerte. Abona a esta tesis, las inconsistencias e ilogicidades que se adviertan entre el acta de intervención policial N° 3475-2007 y el acta de apoyo de la misma fecha, baste decir, que resulta por demás ilógico que habiendo tenido lugar un supuesto enfrentamiento y estando heridas varios ciudadanos, lejos de llevarlos prontamente a un hospital para salvarles la vida- más aun si existían pluralidad de policías y unidades, extrañamente atienden el pedido de una unidad policial para intervenir a un presunto delincuente, quien también cayó abatido y recién conjuntamente con los otros fue llevado al hospital Belén, asimismo no encuentra correlato, que si los testigos dan cuenta de manera uniforme que la privación de libertad de los agraviados tuvo lugar entre las 20:30 y 21:30 horas, casi tres horas después ingresan los occisos al referido nosocomio. Otra de las inconsistencias es la trayectoria de los disparos de atrás hacia adelante en su mayoría, que muchos de ellos fueron a corta distancia particularmente en el caso del agraviado Mariños Ávila.

72. En ese orden de ideas, este Colegiado considera que la conducta de los procesados no estuvo dirigida a repeler un ataque, reducir a los agraviados y ponerlos a disposición de la justicia, lo que constituía el cumplimiento

[15] .https://www.definicionabc.com/general/enfrentamiento.php

razonable de su deber como funcionarios policiales, sino estuvo dirigido a privarlos de su libertad y darles muerte, por las mismas características del desarrollo de sus conductas se infiere la concurrencia del dolo. En relación a éste, tradicionalmente la doctrina se ha dividido en dos teorías: las que consideran al dolo como saber y querer, es decir, como conocimiento y voluntad de todas las circunstancias del tipo (teorías de la voluntad); y las que consideran al dolo sólo como conocimiento (teorías de la representación o teorías cognitivas del dolo)'. Hasta los años 1970, se impuso como doctrina dominante la primera, habiéndose a la fecha nuevamente reabierto la polémica[16]. Así Ramón Ragués i Vallés[17] señala que usualmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, pero esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento.

73. La ley penal peruana no define el dolo, pero tradicionalmente se ha aceptado que el dolo es el conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos[18]. Sin perjuicio de lo expuesto, si bien el elemento volitivo es indispensable para la concurrencia del dolo eventual, ello no significa que el mismo deba ser concebido en función a una actitud interna del sujeto (como lo establecen las teorías clásicas de la voluntad); ni que el conocimiento deba estar en función a las posibilidades o probabilidades de realización de la conducta, siendo necesario entender que la voluntad va en relación con el conocimiento del sujeto, en términos de asumir y optar por la realización de una conducta que -a la luz del principio de protección de

[16] Ver: LUZÓN PENA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual: Reflexiones. En: NIETO MARTIN, Adán {coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoria m, Voll, Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001, p1109. En Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación. Chang Kcomt Romy en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13232/13843

[17] RAGUES Y VALLES, Ramón. En el artículo " Consideraciones sobre la prueba del dolo" publicado en la Revista de Estudios de la Justicia N° 04, año 2004. Disponible en:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650322.pdf

[18] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley: Lima, Perú, 2006

bienes jurídicos y en función a los fines del Derecho Penal- implica por parte del sujeto la decisión de persistir en la realización de una conducta que conoce puede producir un resultado desvalorado y atentar contra un bien jurídico.

74. Por tanto, el tema relativo de la demostración en el proceso penal del conocimiento o las representaciones de un acusado en el momento de realizar la conducta delictiva entra dentro de lo que jueces y tribunales suelen denominar *la prueba de hechos subjetivos o psicológicos*. Usualmente se ha entendido que, para la prueba de los hechos psíquicos, existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la confesión autoinculpatoria, que, según suele afirmarse, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, puesto que sólo el acusado sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Y, en segundo lugar, la prueba de indicios, es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados. Este segundo medio probatorio es el recurso al que más frecuentemente se acude en la práctica para atribuir conocimientos, ya que las confesiones autoinculpatorias no son demasiado frecuentes.[19]

75. Pero es importante tener en cuenta acorde a lo expuesto, que una de las características de la imputación subjetiva es la atribución del sentido normativo al conocimiento; por lo que el único conocimiento válido que interesa al derecho penal, no es otra cosa que el conocimiento concreto que el actuante "debía saber" "debía conocer" en el contexto social de su interacción; es lo que debía saber dentro del marco de su posición del deber en el contacto de la interacción social, no "lo que sabía" o " desconocía" por pertenecer a un ámbito personalísimo del agente (cognitivo-intelectual). En el caso, dada la secuencia y características de los hechos es evidente que los procesados al realizar la conducta han debido conocer cuál sería el resultado, máxime si se trata de funcionarios policiales. Sobre este asunto, como se indicó el Juez está facultado aunque no lo hayan invocado las partes a utilizar la prueba indiciaria, pues, según señala Montón Redondo, esta no es un autentico medio de prueba, sino un modo o técnica

[19] Sobre el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dispensa a la prueba del conocimiento de la antijuricidad, cfr. FELIP I SABORIT, Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal, Barcelona, 2000, pp. 163-206. En RAMON RAGUEZ y Valles. Consideraciones sobre la prueba del dolo. Revista de Estudios de la Justicia N° 04. Año 2004.

Luis Arturo Mendoza Rojas
Secretario de Sala
Sala Penal Transitoria
Corte Superior de Justicia de La Libertad

de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso, que sin tener carácter delictivo pueden permitir la deducción de otros que si lo tienen, así como la participación y la responsabilidad en ellos. [20] Asimismo el marco normativo que habilita este instituto procesal es el artículo 158 del Código Procesal Penal.

76. En relación a la imputación necesaria, cabe precisar como lo ha señalado este Tribunal, [21] este principio no aparece en la sentencia sino a lo largo de todo el proceso, desde las etapas primordiales del mismo, y por tanto es absoluta responsabilidad del fiscal, por el régimen de exclusividad persecutoria consagrado en el artículo 159 de la Constitución Política del Perú. Y siguiendo la suerte de la acusación si bien debe aparecer incipiente desde la detención se va concretando y especificando desde la formalización de investigación preparatoria hasta los alegatos de apertura del juicio oral, incluso su consolidación más perfecta es en el los alegatos fiscales de cierre del plenario de juzgamiento, pero ello no significa que en esta última actuación aparezca, sino que debe haber ido evolucionando a lo largo del proceso. Por ello, lo importante es verificar si a lo largo del proceso se le permitió al procesado conocer el titulo específico de imputación. [22] sin embargo, debe precisarse que en algunos casos complejos esta especificidad no siempre es posible, pero ello no significa descartar la participación de los agentes en la comisión del delito, en el caso aludido, se trataba de una imprecisión con motivo de la modificación del delito de tenencia de armas que aludía a diferentes verbos como portar o tener en su poder. En el caso en análisis esto no ocurre, la calificación legal de coautoría de los delitos atribuidos se ha formalizado del modo como se indica en la acusación por las particularidades del caso.

77. Debe quedar claro que la vinculación de los procesados con el resultado muerte no está en discusión desde que la misma defensa así lo ha manifestado en sus alegatos claro está bajo el supuesto de causa de jusitifcaicon, sin perjuicio de ello, en el acta de intervención aparecen dando

[20] MONTON REDONDO A. y MONTERO AROCA J. Derecho jurisdiccional parte general Tomo I. Edicion Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 300
[21] Cfr. Resolucion veintisiete. Sentencia de vista de proceso inmediato, en el expediente N° 04614-2016-97-JR-PE-08, Caso Berlin Joel Solís Mostacero sobre delito de Robo agravado.
[22] Expediente 07286-2016-61-1601-JR-PE-06. Caso José Alberto Layza Villanueva sobre Fabricación, comercialización, uso o porte de armas. Primera Sala Penal de Apelaciones.

Luis Arturo Mendoza Rojas

cuenta de lo ocurrido los procesados y firmando dicho documento . No debe perderse de vista tampoco, que la Fiscalía postuló el supuesto de coautoría aditiva. Este supuesto se presenta cuando la contribución de cada interviniente se dirige por "sí sola" a la realización completa del tipo, siendo la actuación conjunta de todos tiene –como ha precisado Díaz y García Conlledo- el sentido de garantizar que los fallos, por ejemplo de la puntería cuando varios disparan contra la víctima, se vean compensados con los aciertos de otros y se asegure la producción del resultado.[23] Esta aparece cuando varias personas, siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo una o alguna de las acciones de dichas personas producirá el resultado típico. Es decir, cada autor por sí mismo pretende realizar por completo el tipo, el hecho que actúen conjuntamente varias personas no tiene por objeto llevar a cabo una distribución de funciones entre ellas sino como apunta Márquez Cárdenas obtener el aseguramiento del resultado, cada una de las diferentes contribuciones es esencial y necesaria para la consecución del resultado, es el caso que se produce cuando por ejemplo ocurre un ataque perpetrado por varias personas para causar la muerte de otras, proceden a disparar indiscriminadamente contra todas ellas [24], supuesto que en el caso ha acontecido.

2.5. DE LA CONDENA DEL ABSUELTO

78. La Fiscalía y el actor civil en sus recursos impugnatorios como en el presente juicio de apelación, han requerido expresamente a este tribunal que revoque la recurrida y reformándola condene a los procesados como coautores del delito de secuestro agravado con subsecuente muerte. La Fiscalía solventando su pretensión, ha señalado que se deberá conformar una nueva Sala de Apelaciones que conozca de la impugnación de la condena impuesta en segunda instancia a efectos de garantizar el derecho al recurso de los condenados, es decir la creación de Salas Revisoras con el propósito de garantizar el derecho al recurso y de defensa de quien en un mismo proceso judicial es primero absuelto y luego sentenciado.

[23] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "La Autoría en Derecho Penal", Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Primera Edición, Barcelona, 1991, pp. 685-687.
[24] MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. "La coautoría en la dogmática penal frente a otras formas de autoría y participación", Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, 2008, pp. 76-77

79. Como se ha expuesto en los antecedentes del caso, este proceso penal es de data antigua, se han dictado tres sentencias en primera instancia (incluyendo la apelada) y se han expedido a su vez dos resoluciones de vista que declararon NULAS las de primera instancia y si se tiene en cuenta la fecha de acaecimiento de los hechos objeto de prueba (año 2007) como el inicio del proceso penal, es demasiado el tiempo que ha transcurrido, sin que el proceso haya podido ser resuelto, a criterio de esta Sala porque existieron graves infracciones en el razonamiento judicial que no pudieron ser susceptibles de subsanación en segunda instancia y que se expusieron en las resoluciones de vista, por lo que debieron ser declaradas nulas las sentencias recurridas. Consideramos que es necesario definir el conflicto, y en efecto, la norma procesal – artículo 425.3 parágrafo b) del Código Procesal Penal – habilita la condena del absuelto en segunda instancia. Sin embargo, este tribunal está imposibilitado de aplicar dicha norma porque lesiona derechos constitucionales, básicamente porque se vulneraría el derecho al recurso del condenado.

80. Esta Sala Penal considera que en efecto es lamentable que este caso se haya dilatado innecesariamente sin que se haya podido resolver en definitiva el conflicto, lo cual nos perjudica como ente del Estado encargado de administrar justicia de manera eficiente, en el marco del respeto de las garantías constitucionales propias de un Estado Constitucional de derecho, no sólo frente a las partes en el caso en concreto sino ante la colectividad en general, que no se puede explicar cómo no se puede resolver un caso durante tantos años. En este particular contexto y sobre todo teniendo en cuenta la pluralidad de juicios orales y sentencias de vista emitidas, estima este Colegiado que han proporcionado una visión clara del caso en concreto y la actuación probatoria que en líneas generales, consideramos se ha agotado. En ese sentido, si bien en la recurrida el juzgado de instancia ha resuelto en mayoría por duda razonable, discrepamos de dicho razonamiento por considerar que existen pruebas suficientes que debidamente valoradas con arreglo a lo dispuesto en la normal procesal penal, la dogmática jurídica, la jurisprudencia plasmada en los Acuerdos Plenarios y Casaciones, permite determinar que en este caso se ha acreditado no sólo la materialidad del delito sino la responsabilidad penal de los procesados, como lo ha expuesto en los considerados anteriores, empero, no podrá condenar a los absueltos, por lo antes expuesto, habiéndose establecido como criterio consolidado por las Salas Penales de Apelaciones de esta Corte Superior de Justicia que, por interpretación

constitucional del artículo 425 inciso 3.b. del Código Procesal Penal y en aplicación del control difuso de convencionalidad[25], no se podría condenar al que fue absuelto en primera instancia, porque se le privaría del derecho a contar con un recurso de revisión amplio contra la sentencia condenatoria, tal como lo estipula la Convención Americana de Derechos Humanos y la reciente Jurisprudencia de la Corte Interamericana[26].

81. Sobre este asunto, existen decisiones que han reconocido que la referida institución puede ser utilizada, siempre y cuando se garantice el derecho del condenado en segunda instancia a interponer un recurso amplio e integral (que no es la Casación) contra la referida condena. En la Casación N° 195-2012-Moquegua, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 05 de Setiembre de 2013, la cual fue admitida por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, bajo dos extremos: a) Se buscó determinar si es posible ejercitar la facultad concedida a la Sala de Apelaciones de condenar al absuelto; y b) Si la facultad de la Sala Penal de Apelaciones de condenar al absuelto, vulnera el derecho a la doble instancia. Sin embargo, de la revisión de su contenido se advierte que la misma se abocó a desarrollar sólo el primero de los extremos. Siendo lo más resaltante lo señalado en el considerando décimo tercero de la misma en cuanto afirma "(...) *considerando que el legislador se decantó por la tutela de la inmediación , que queda reflejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación, que queda reflejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatoria la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Ad quo, la posibilidad de condena en segunda instancia se remitiría a los segundos supuestos: i) la condena en segunda instancia*

[25] El Control difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de DD HH, desde la Sentencia en el caso Almonacid Arellano c/ Chile (2006), y más explícitamente con la sentencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores c/México (2010), establece como obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana".

[26] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO MOHAMED VS. ARGENTINA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas): El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") emitió la Sentencia, en la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado, y declaró, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed. La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio. El señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por el tribunal en segunda instancia, la cual revocó el fallo absolutorio que había proferido el juzgado de primera instancia.

se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituída o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente la inmediación; ii) la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal- que en principio está prohibido- en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano As quem si tiene inmediación, y iii) un tercer supuesto, aunque no está relacionado a la inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de hecho. (...)". Se aprecia en dicha casación que, de un lado busca legitimar la condena del absuelto, pero por otro lado, reconoce que vulnera el derecho a la doble instancia. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Casación 194- 2014- Ancash, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 27 de Mayo de 2015, que ha establecido que toda persona sentenciada a una pena privativa de libertad tiene derecho a impugnar el fallo condenatorio. El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritaría una condena, sólo podrá anular el fallo de primea instancia a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

82. De otro lado, la Resolución Administrativa N°002-2014- CE- PJ emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del 07 de Enero de 2014, en dicho documento, exhorta al Ad quem a utilizar la nulidad y el reenvío como última ratio o excepción e impone como regla que la Sala Penal de Apelaciones debe pronunciarse sobre el fondo del asunto. En el fundamento quinto señala que: *"(...) se debe considerar la nulidad como una medida extrema y sólo aplicable a casos en que el supuesto vicio no sea subsanable. Es claro que cualquier defecto en la motivación de una resolución puede ser subsanable mediante la exposición de la motivación, que se considera la correcta o la adecuada por el órgano revisor. Por consiguiente, en casos de autos o sentencias, consideradas como defectuosamente motivadas, se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos por el superior. En tal sentido, los supuestos defectos, en la motivación como la valoración de la prueba, aplicación o interpretación del derecho, no pueden ser causal de nulidad, pues atenta contra la independencia del Juez que la Constitución Política le reconoce al resolver asuntos de su competencia.*[27] *(...)".*

[27] VARGAS YSLA, Renato. La Condena del Absuelto y el derecho del condenado a un recurso amplio e integral. Editorial Rodhas. 2015, pag. 110 y ss.

Luis Arturo Mendoza Rojas

83. En este orden de ideas, este tribunal concluye que en este caso queda claro que el problema no radica en poder condenar al absuelto, sino que de hacerlo, no se le garantiza el derecho a que un tribunal de instancia revise la decisión del Ad quem limitando su derecho al recurso, que como parte del debido proceso, es una garantía constitucional. Lo que no obsta, como se anotó, dejar explicitado el razonamiento judicial de este tribunal respecto del caso materia de apelación. Esta situación determina que es impostergable se exhorte al Congreso de la Republica y al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a fin de que regule a la brevedad posible los supuestos de aplicación de la norma en comento, y en su caso se determine la conformación del órgano jurisdiccional que se constituya como segunda instancia en caso la Sala Penal de Apelaciones revoque la sentencia absolutoria, con eso se evitaría lo que viene aconteciendo, esto es tener que declarar la nulidad de las sentencias absolutorias de primera instancia por vicios en la motivación que pueden ser subsanados en esta instancia y se evitarían los reenvíos ad infinitum de la causa penal, evitando los graves problemas que antes se han expuesto, y así cumplir con las recomendaciones de las instancias supranacionales, conforme se señala en el fundamento 80 de esta resolución. En esa perspectiva, esta Sala Penal de Apelaciones no tiene competencia para designar una Sala Penal de Apelaciones Revisora pero sí para hacer las peticiones pertinentes a las instancias correspondientes y en ese sentido, se pronunciará en la parte resolutiva de la presente resolución.

84. En consecuencia por los fundamentos expuestos, esta Sala Penal de Apelaciones ha resuelto declarar la nulidad de la recurrida y del juzgamiento, debiendo remitirse los actuados a un Juzgado Penal Colegiado distinto, quien oportunamente deberá emitir una sentencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

85. En cuanto a las costas, no habiéndose emitido una resolución que ponga fin al proceso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 497 inciso 1 del Código Procesal Penal, no corresponde fijarlas.

Luis Arturo Martínez Rojas
Especialista Judicial
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, analizando los hechos y la pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, y de conformidad con las normas glosadas en la presente resolución, la **PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, POR UNANIMIDAD HA RESUELTO:**

1. Declarar **NULA** la sentencia emitida mediante resolución numero doscientos trece de fecha veinte de octubre de 2016 por el Primer Juzgado Colegiado Penal Supraprovincial de Trujillo mediante la cual se **ABSUELVE** A ELIDIO ESPINOZA QUISPE, JOSÉ ALBERTO MONGE BALTA, WILSON DE LA CRUZ CASTAÑEDA, MARCO LUIS QUISPE GONZÁLES, JIMY ALBERTO CORTEGANA CUEVA, JAIRO TRINIDAD MARIÑO REYES, HUGO NOÉ VILLAR CHALÁN, NÉSTOR AGUSTÍN CASTRO RÍOS de la acusación fiscal por los delitos Contra la Libertad en la modalidad de SECUESTRO AGRAVADO en concurso real con el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de HOMICIDIO CALIFICADO en agravio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza.

2. **NULO EL JUZGAMIENTO**, debiendo remitirse los autos a un Juzgado Penal Colegiado distinto a fin de que lleve a cabo el nuevo juicio y oportunamente emita su decisión final con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

3. **EXHORTARON** al Congreso de la Republica y al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a fin de que a la brevedad posible regule los supuestos de aplicación de la condena del absuelto previsto en el articulo 425 inciso 3 parágrafo b del Código Procesal Penal y en su caso, determinen la conformación del órgano jurisdiccional que se constituya como segunda instancia en caso la Sala Penal de Apelaciones revoque una sentencia absolutoria, cursándose los documentos pertinentes.

4. **DISPUSIERON:** Que se remitan los autos al Juzgado de Origen para el cumplimiento de lo decidido, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución.

Luis Arturo Mendoza Rojas
Secretario Judicial
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad

5. **SIN COSTAS.**

Interviniendo como directora de debates y ponente, la señora Jueza Superior **Titular Norma** Beatriz Carbajal Chávez.

SARA ANGELICA PAJARES BAZÁN
PRESIDENTA

NORMA BEATRIZ CARBAJAL CHÁVEZ
JUEZA SUPERIOR

CECILIA MILAGROS LEON VELASQUEZ
JUEZA SUPERIOR

Luis Arturo Mendoza Rojas
Especialista Judicial
Salas Penales de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de La Libertad