

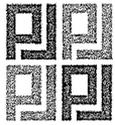
**Sumilla:** En el caso concreto existen elementos probatorios suficientes que prueban más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de los imputados. Debe tenerse en cuenta que la pena que se impone debe ser proporcional al daño infringido al bien jurídico que se busca proteger y debe meritarse considerando las condiciones personales del sujeto activo a fin que ésta sea constitucional.

Lima, diez de enero de dos mil diecisiete.-

**VISTOS;** los recursos de nulidad interpuestos por la defensas técnicas de los sentenciados Celso Junior García Olaya y Rolly Néstor Palomino De La Cruz, contra la sentencia del nueve de junio de dos mil quince -fojas mil veintidós-. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA; y, **CONSIDERANDO:**

**I. ACUSACIÓN FISCAL**

**PRIMERO:** Conforme la acusación fiscal -fojas setecientos cincuenta y dos- se atribuye al encausado Celso Junior García Olaya haber intentado causar la muerte de su ex conviviente Alexandra Hidalgo Villanueva, acto en el cual habría sido secundado por Rolly Néstor Palomino De La Cruz. Así, el dieciséis de julio de dos mil trece, a las doce horas con treinta minutos de la mañana aproximadamente, en circunstancias que la citada agraviada retornaba a su domicilio ubicado en el Jr. Ancash Nº 1439, Cercado de Lima, a bordo del vehículo con placa Nº B3B-097, marca Toyota, conducido por su amigo Jorge Luis Panchapo Cachi, dentro del cual pasearon antes de los hechos por diversas calles de Barrios Altos acompañados de sus amigas Yahaira y Cristina; y, al momento de descender del auto el encausado García Olaya, sujeto con quien convivió, se le acercó portando un arma de fuego, acción en el que fue secundado por su co-imputado Palomino De La Cruz con el arma de fuego Nº 379786 efectuó una serie de disparos contra el citado vehículo donde estaba la agraviada. Ante tal situación el chofer del vehículo aceleró la marcha y al



advertir que la agraviada estaba herida la trasladó al hospital "Dos de Mayo" para que reciba atención médica.

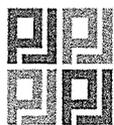
## II. AGRAVIOS PLATEADOS POR LOS RECURRENTES

### A. CELSÓ JUNIOR GARCÍA OLAYA

**SEGUNDO:** La defensa técnica del citado impugnante interpone recurso de nulidad -fojas mil treinta y nueve- alegando que no existen pruebas contundentes que demuestren su responsabilidad penal, debiendo prevalecer su derecho de presunción de inocencia, por las siguientes razones: **i)** La recurrida carece de una debida motivación al sustentarse solo en la declaración de la presunta agraviada, sin considerar que existen serias contradicciones en ésta; **ii)** La declaración en juicio oral del chofer, Jorge Luis Panchano Cachi, no refiere sindicación alguna en contra del encausado García Olaya, al señalar que nunca lo vio y que recién tuvo conocimiento de los hechos en la DININCRI; y, **iii)** La declaración de su co-imputado Rolly Néstor Palomino indica que su co-imputado García Olaya no portó ni disparó arma alguna; por tanto, el Colegiado Superior no tuvo en cuenta lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 02-2015/CJ-116 para emitir una sentencia condenatoria.

### B. ROLLY NÉSTOR PALOMINO DE LA CRUZ

**Tercero:** La defensa técnica del citado impugnante interpone recurso de nulidad -fojas mil cuarenta y seis- señalando que la sentencia recurrida infringe la garantía constitucional de una debida motivación, ya que las afirmaciones vertidas no se condicen con la verdad y no logra vincularlo con los hechos imputados, por los siguientes motivos: **i)** La declaración de la agraviada no es coherente ni sólida, al señalar primero que no lo vio y que si bien sindicó a Palomino De La Cruz fue por información de los vecinas; **ii)** El testigo presencial Pachano Cachi señaló que no logró reconocer a los atacantes e incluso brindó características físicas de uno de ellos que no corresponden con el presente recurrente; **iii)** La Sala Superior no probó que los disparos dirigidos contra la agraviada provenía de su arma de fuego; razones por las cuales



considera que la recurrida debe declararse nula para que otro Colegiado Superior se pronuncie conforme a Derecho.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**CUARTO:** El tipo penal que se imputa a los recurrentes a la fecha de los hechos se configuraba de la siguiente manera:

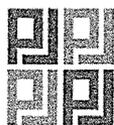
"Artículo 107. Parricidio / Femicidio

**El que, a sabiendas,** mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a **quien es o ha sido** su cónyuge, **su conviviente**, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. (...)

**Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor,** o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito **tendrá el nombre de feminicidio.**"

**QUINTO:** El denominado delito de feminicidio es definido como el crimen que se comete en contra de las mujeres por razones de género. La víctima de éste delito es siempre una mujer, la que no requiere guardar características o condiciones especiales, pues es su condición de tal aquello que la transforma en el sujeto pasivo del delito. El tipo penal de análisis -a diferencia del actual- no exige que el crimen se lleve a cabo en un determinado contexto, por lo que basta que se determine alguna de las relaciones pre-establecidas en el tipo penal, para determinar el delito de feminicidio (entiéndase que se deberá probar, por ejemplo, la relación de convivencia que existe o existió entre el agresor y la víctima).

**SEXTO:** Cabe recalcar que el delito de feminicidio es un delito de carácter especial, donde para que se configure como tal se requiere la existencia del vínculo sentimental, o civil entre sujeto pasivo y activo. La ausencia del citado vínculo hace que el delito no se configure como feminicidio sino solo como un delito de homicidio, que según diferentes agravantes puede calificar como asesinato.



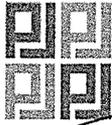
#### IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

##### A. RESPECTO AL RECURSO DE NULIDAD DE CELSO JUNIOR GARCÍA OLAYA

**Sétimo:** De la revisión de autos se puede advertir que está probada más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del imputado García Olaya.

Así, obran en autos los certificados médicos -fojas 62 y 253, respectivamente- que corroboran las lesiones sufridas por la agraviada Alexandra Hidalgo Villanueva, al detallar que tiene herida por proyectil de arma de fuego en muslos y brazo derecho producto de proyectiles. Asimismo, se cuenta con la declaración brindada por la agraviada a nivel policial -fojas 19-, donde indica claramente al encausado, como el sujeto que le disparó, además de señalar que ya antes lo vio portando armas presuntamente ilegales; cabe indicar que si bien dicha declaración varía posteriormente por una de carácter exculpatorio -véase fojas 242- conforme lo señala la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 14, sin embargo, en el caso concreto debe aplicarse las directrices planteadas en el Recurso de Nulidad N° 3044 que señala: "(...) cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles -situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante referida a la presencia Fiscal, y en su caso, del abogado defensor- el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir por determinadas razones -que el Tribunal debe precisar cumplidamente- que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después (...)" . .

**Octavo:** Por lo señalado, la declaración primigenia de carácter inculpatario brindada por la agraviada resulta más creíble, por ser espontánea y objetiva.



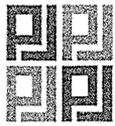
Aunado a ello, obra en autos a declaración pericial del Comandante PNP Víctor Alfredo Revoredo Farfán y del SO1 PNP Juan José Albitas Martínez, efectivos policiales que intervinieron en la investigación de los hechos imputados -véase fojas 946 y 948, respectivamente- quienes ratifican la naturalidad con la que la agraviada narró los hechos y sindicó al procesado García Olaya como el sujeto que disparó en su contra.

**NOVENO:** Asimismo, se tiene demostrada mediante declaraciones uniformes de la agraviada y del propio encausado -véase a fojas 21, 27 y 412- la relación de enamorados y de convivencia que mantuvieron.

**DÉCIMO:** En ese sentido, la declaración de la agraviada resulta creíble y coherente respecto a que el encausado García Olaya, sujeto con quien convivió, le disparó en circunstancias que descendía del vehículo que manejaba su amigo; dicha versión está rodeada de elementos periféricos que la dotan de validez resultando ésta suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste al justiciable, conforme lo establecido en el Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, por tanto la recurrida deberá mantenerse.

**B. RESPECTO AL RECURSO DE NULIDAD DE ROLLY NÉSTOR PALOMINO DE LA CRUZ**

**DÉCIMO PRIMERO:** De la revisión de autos este Colegiado puede sostener que la responsabilidad penal del encausado Palomino De La Cruz está demostrada más allá de toda duda razonable. En primer lugar, se tiene que la prueba principal que busca sostener la imputación en su contra es la declaración inculpativa dada por la agraviada Hidalgo Villanueva -véase declaración a nivel preliminar de fojas 19- donde ésta señala que ambos imputados estaban en la esquina de su quinta (lugar donde vivía la agraviada); asimismo, indica que *García Olaya portaba una arma de fuego y cruzó la calle colocándose a la derecha del vehículo, y su amigo Palomino De La Cruz se quedó frente a la quinta dando frente al piloto del auto -es decir en el lado izquierda del auto-*. Lo señalado guarda coherencia con lo dicho en juicio oral -fojas 945- por los



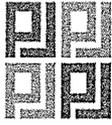
peritos Ore Antón y López Caycho quienes refieren que: "Lo tangible es que hay entradas y salidas por eso se incide en la trayectoria, hay disparos que vienen de dos frentes por lado derecho izquierdo".

**DÉCIMO SEGUNDO:** La versión exculpatoria del imputado Palomino De La Cruz es incoherente y no guarda corroboraciones periféricas, tanto más si ante una prueba científica como lo es el examen balístico -fojas 396- se determinó que de su arma se emitieron diez disparos, contradiciendo su versión de que solo fueron cuatro. Además, en juicio oral -fojas 946- los peritos precisaron que los orificios generados en el vehículo son de igual calibre que el arma analizada -arma entregada por el imputado Palomino De La Cruz-. Por lo señalado, se puede confirmar la responsabilidad penal del recurrente por el delito imputado.

#### V. DE LA PEÑA IMPUESTA

**DÉCIMO TERCERO:** Los fines de la pena, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia -STC 00033-2007-PI-TC-, son dos: **i) el fin preventivo especial** -artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", y, **ii) el fin preventivo general** -artículo 44, primer párrafo de la Constitución Política del Perú: "Son deberes primordiales del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (...)".

**DÉCIMO CUARTO:** Si bien deben confluír ambos fines de la pena, la inclinación por alguno de ellos dependerá del análisis en el caso concreto que deberá realizar el juez para su asignación de la pena, considerando la gravedad del delito cometido, las condiciones personales del condenado, y las agravantes y atenuantes del caso concreto. En ese sentido, se señala: "(...) que la asignación de la pena obedece a una declaración previa de culpabilidad realizada por el juez ordinario, quien en virtud de la actuación probatoria realizada al interior del proceso penal llega a la convicción de la comisión de



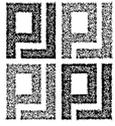
los hechos investigados, la autoría de estos y el grado de participación de los inculcados. En tal sentido, el quantum de la pena obedece a un análisis del juez ordinario, quien, sobre la base de los criterios mencionados, fijará una pena proporcional a la conducta sancionada."(STC. Exp. N.º 05146-2007-PHC/TC, Caso LÉVANO CABRERA, fundamento jurídico N° 3)

**DÉCIMO QUINTO:** Respecto a García Olaya.- La pena impuesta al referido recurrente es adecuada a los fines constitucionales de la misma, además de resultar proporcional al daño infringido y al bien jurídico que se busca proteger. Se debe apreciar que la pena mínima por el delito de feminicidio es de 15 años; en ese sentido, al estar frente a un delito en grado de tentativa, y teniendo en consideración las condiciones personales del recurrente (responsabilidad restringida véase fojas 41) se impuso adecuadamente 10 años de pena privativa de libertad, la cual debe ser confirmada.

**DÉCIMO SEXTO:** Respecto a Palomino De La Cruz.- El delito por el que se condenó -y se confirma la condena- al recurrente es el de homicidio simple en grado de tentativa. El tipo penal en mención se encuentra tipificado en el artículo 106 del Código Penal, el cual señala como pena mínima para el delito consumado 6 años de pena privativa de libertad; en ese sentido, al estar frente a un delito en grado de tentativa corresponde aplicar una pena menor a 6 años. Lo señalado sumado a las condiciones personales del recurrente (cuenta con responsabilidad restringida véase fojas 45, conforme al artículo veintidós del Código Penal), y en proporcionalidad con el bien jurídico que se busca proteger indica la imposición de una pena privativa de libertad de 6 años.

**DECISIÓN** por estos fundamentos declararon:

**I.- NO HABER NULIDAD** en la sentencia del nueve de junio de dos mil quince, que condenó a Celso Junior García Olaya como autor del delito de feminicidio en grado de tentativa, en agravio de Alexandra Hidalgo Villanueva, a diez años de pena privativa de libertad, que con descuento de



carcelería será computada desde el tres de octubre de dos mil trece, como es de verse de la notificación de detención que obra a fojas trescientos setenta y cuatro, vencerá el dos de octubre de dos mil veintitrés; y condenó a Rolly Néstor Palomino De La Cruz como autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, en agravio de Alexandra Hidalgo Villanueva.

**II.- HABER NULIDAD** en la sentencia del nueve de junio de dos mil quince, en el extremo que impuso diez años de pena privativa de libertad a Rolly Nestor Palomino de la Cruz, y **REFORMÁNDOLA** a 6 años de pena privativa de libertad, que con descuento de carcelería viene cumpliendo desde el veinticinco de julio de dos mil trece, conforme la notificación de detención que obra a fojas cincuenta, vencerá el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve; con los demás que contiene y es materia del presente recurso; y los devolvieron.

S. S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

JPP/mceb

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR<sup>A</sup> PILAR SALAS CAMPOS  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

10 1 MAR 2017