



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2366-2016
AYACUCHO**

Homicidio por ferocidad y condición especial del agente

Sumilla. (i) el tribunal calificó el hecho como un supuesto de homicidio calificado por ferocidad, que es cuando el agente mata por un motivo fútil, sin causa aparente o causa insignificante, cuya acreditación pasa por analizar la existente desproporción entre lo realizado por el occiso y la reacción desmedida que tuvo el homicida. En este caso la desproporción entre la conducta del agraviado (estar sentado en la grada de la loza deportiva haciendo bulla) y la reacción del imputado (disparar) es patente; su actitud fue inhumana, actuó fieramente contra una persona desarmada (ii) Si bien el imputado era policía en actividad. Empero, tal circunstancia agravante no solo requiere que el sujeto activo sea miembro de dicha institución, sino que concurrentemente exige que medie prevalimiento de ese cargo. La intervención delictiva del imputado pertenece a su esfera particular. El poder público no estaba en cuestión. Debe excluirse esa circunstancia agravante.

Lima, cuatro de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado JUAN ANTONIO RAÚL RAMOS RIVAS contra la sentencia de fojas mil trescientos cinco, de dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor del delito de homicidio calificado por ferocidad (artículos 108, numeral 1 y 46 guión A del Código Penal) en agravio de Fernando Daniel Revatta Fernández a treinta años de pena privativa de libertad y al pago de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el encausado Ramos Rivas en su recurso formalizado de fojas mil trescientos treinta y cuatro, de treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, insta la absolución de los cargos. Alega que no se dan los elementos del tipo legal de homicidio calificado, sino los de homicidio simple; que no se probó la intención homicida que se le atribuyó; que fue coherente en sus declaraciones; que no se advirtió a su conviviente sobre la obligación de no declarar; que se vulneró el precepto constitucional que establece la aplicación de la ley más favorable al reo; que como el agraviado falleció una hora y diez minutos después de llegar al hospital, es desproporcionado atribuirse el delito cuestionado; que se condenó con

el solo dicho del amigo del agraviado; que las pericias no determinan el curso de los hechos, tal como se indicaron en la sentencia; que la pericia de absorción atómica arrojó resultado negativo; que para que exista homicidio la muerte debe ser instantánea; que la pena es desproporcionada y no es aplicable el artículo 46-A del Código Penal pues cuando los hechos no se desempeñaba como policía y tal supuesto integra el injusto de asesinato.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día sábado dieciséis de noviembre de dos mil trece, como a las trece horas con treinta y cinco minutos horas, el encausado Ramos Rivas, Suboficial de Tercera PNP, de veintitrés años de edad [Ficha RENIEC de fojas ciento veintitrés], se retiró de su trabajo, en la Sección de Estadística de la Oficina del Estado Mayor de la DIRTEPOL guión AYACUCHO, y se dirigió a su casa, ubicada en la Manzana E, Lote uno, de la Urbanización Banco de la Nación o “Las Maravillas”, de la ciudad de Huamanga, Ayacucho, donde almorzó con su conviviente Claudia Pierina Moreno Noriega. De otro lado, a primeras horas de la mañana llegó procedente de Lima a la ciudad de Huamanga el agraviado Revatta Fernández, de dieciocho años de edad [Ficha de la Federación Peruana de Fútbol de fojas cuatrocientos ochenta y tres], acompañado de su amigo Hiroshi Alessandro Suárez Ochoa, y se hospedaron en el Hostal “Malu”. Posteriormente, ambos amigos se citaron para conversar con Rubí Nicol Huamaní Vila a las diecinueve horas con quince minutos por las inmediaciones de la loza deportiva de la Urbanización Banco de la Nación, ubicada frente al domicilio del imputado Ramos Rivas.

Es el caso que el agraviado y su amigo, en la hora acordada, llegaron a la citada Loza Deportiva y se sentaron en las graderías. Empezaron a fumar, conversar en voz alta y hacer bulla, de suerte que perturbaron el descanso del encausado Ramos Rivas. Éste tomó su arma de reglamento, una pistola Glock, abastecida con nueve municiones calibre nueve milímetros corto, y subió a la azotea del inmueble y se acercó al balcón, desde donde, primero, les arrojó un ladrillo, que no les impactó, y, luego, efectuó varios disparos contra ellos. El agraviado Revatta Fernández y su amigo Suarez Ochoa, al percatarse de los disparos, corrieron para evitarlos, sin embargo dos disparos impactaron en el agraviado Revatta Fernández en la cabeza y en el tórax, causándole la muerte luego de una hora de agonía. El agraviado fue auxiliado por su amigo y otras dos personas, quienes lo trasladaron al Hospital Regional de Ayacucho. Allí ingresó por emergencia a las veinte horas con veinte minutos y falleció a las veintiún horas del mismo día.

TERCERO. Que, según las pruebas criminalísticas [acta de constatación y allanamiento de fojas cincuenta y siete, acta de recojo de pruebas materiales de fojas sesenta, acta de registro domiciliario de fojas sesenta y ocho, inspección balística de fojas ciento cinco, pericias balísticas forenses de fojas ciento siete, doscientos ochenta y cinco y ciento diez], se hallaron cuatro casquillos en las

inmediaciones del teatro de los hechos y un proyectil para cartucho; que los casquillos y el cartucho corresponden al arma del encausado –los cuatro casquillos corresponden a dicha pistola–; que el cadáver del agraviado presentó dos heridas perforantes producidas por proyectiles disparados por el arma del encausado: la primera herida con orificio de entrada en el cráneo y la segunda con orificio de entrada en la región del tórax posterior, tercio superior, con una trayectoria en ambos casos de atrás hacia adelante; que en la vivienda del encausado se halló la pistola en cuestión –la que había sido previamente limpiada–, el cual se retiró prestamente del lugar de los hechos conjuntamente con su conviviente y su mejor hijo –incluso dejó encendido el televisor–.

La historia clínica del agraviado de fojas trescientos trece, el acta de necropsia de fojas ochenta y uno y el informe pericial de necropsia médico legal de fojas doscientos acreditan lo anteriormente expuesto. Además, según el perito balístico y conforme a su apreciación técnica, los disparos efectuados por el procesado fueron a tiro dirigido [exposición pericial en el plenario de fojas mil doscientos veinte]. No existe razón técnica científica para descartar esa conclusión pericial.

El agraviado no se encontraba embriagado, y no había manipulado ni consumido drogas [fojas doscientos veintidós, doscientos sesenta y ocho y doscientos noventa y uno]. Era miembro del equipo de reserva del Club Intigas [fojas cuatrocientos ochenta y dos].

CUARTO. Que el conjunto de pericias realizadas son convergentes entre sí. Nada dice que desde donde se encontraba el imputado no pudo haber ocurrido la muerte del agraviado. La prueba material da cuenta de la huida del imputado y del hallazgo en su domicilio del arma utilizada para los disparos contra el agraviado y su amigo. No existen contra indicios que permitan un relato de los hechos distintos al narrado en la sentencia de instancia. El agraviado, por último, no había consumido marihuana, como enfatizó el imputado como causa concurrente, al igual que el ruido que hacía, para ser atacado con disparos por arma de fuego.

QUINTO. Que el encausado Ramos Rivas admite que efectuó disparos, pero los dirigió al centro de la cancha. Agrega que subió a la azotea con su pistola, pues escuchó ruidos y olor a yerba quemada, al parecer marihuana, y primero les arrojó un ladrillo, luego disparó porque no le hicieron caso; que el incidente fue a las veinte horas y doce minutos y al momento de disparar hubo un apagón; que no efectuó más de cuatro disparos –fueron varios disparos sin pausa– y éstos fueron disuasivos; que por los nervios se fue de la casa y se hospedó en un hotel y el domingo diecisiete de noviembre de dos mil trece retorno a su casa, pero recién el día diecinueve de ese mes y año se pudo a derecho [fojas treinta, ochocientos cuarenta y ocho, mil ciento cincuenta y seis y mil ciento sesenta y seis].

SEXTO. Que el testigo Hiroshi Alessandro Suárez Ochoa indica que el día de los hechos, como a las diecinueve horas y quince minutos, se sentó con el agraviado Revatta Fernández en las gradas de la loza deportiva para esperar a su amiga Huamaní Vila; que a los cinco minutos se les arrojó un ladrillo, que provenía de un balcón de una casa cercana a las gradas; que quien arrojó el ladrillo, que vestía un polo negro, les apuntó con un arma de fuego y disparó con dirección a ellos; que ambos corrieron, pero en la huida escuchó un quejido del agraviado, quien había corrido por la loza deportiva; que cuando advirtió que quien disparó se retiró del balcón, ayudó a su amigo; que el apagón se produjo cuando ya estaban en el hospital, no durante los disparos [fojas cincuenta y uno, cuatrocientos cincuenta y uno, setecientos sesenta y dos y mil doscientos cuarenta y dos].

SÉPTIMO. Que, en lo esencial, las declaraciones del testigo presencial Suárez Ochoa son compatibles con las pruebas periciales y criminalísticas. Se descarta, pericialmente, que el agraviado estaba ebrio o estaba fumando marihuana. De igual manera, se rechaza que se efectuó disparos desde una lógica de mera disuasión, pues, pericialmente, también se concluyó que los disparos fueron a tiro dirigido. Por lo demás, no tiene sentido disparar, por quien es policía, contra el agraviado y su amigo y alegar que pretendía disuadirlos –no existe prueba de que, por lo menos, se opusieran al reclamo del imputado, le contestasen violentamente arrojándole algún objeto contundente o lo hubieran amenazado con atacarlo–. De otro lado, no se condice con un acto de disuasión efectuar, por lo menos, cuatro disparos, dos de los cuales impactaron al agraviado; tampoco había razón para hacerlo.

No es de recibo sostener que como el arma es semi – automática se produjo una ráfaga de cuatro disparos seguidos –era utilizada por quien como policía debía tener experiencia en su manejo–.

OCTAVO. Que, siendo así, atento a las pruebas pericial y personal indicadas, no tiene ninguna función de esclarecimiento fundamental la declaración preliminar de la conviviente del imputado, de suerte que el hecho de que no se le advierta de su derecho al silencio, carece de trascendencia en la definición de los hechos. Su declaración no es determinante para la declaración de hechos probados.

Por otra parte, el dolo homicida es evidente: no se disparó con fines disuasorios, sino directamente contra el agraviado, que es lo que finalmente explica que le impactaron dos proyectiles por arma de fuego. El propio imputado admite que arrojó un ladrillo y luego disparó –de suerte que el hecho que la pericia de absorción atómica, de fojas doscientos noventa y tres arroja negativo no es relevante, además existe prueba personal, la del joven Suárez Ochoa, que así lo indica–. Los impactos en la cabeza y el tórax, como es obvio, fueron de necesidad mortal, al punto que el agraviado falleció luego de una hora aproximadamente de su ingreso al hospital. No cabe admitir que como el agraviado no murió

inmediatamente, y en el teatro de los hechos, no es posible una imputación subjetiva por homicidio, pues lo relevante no es cuándo fallece la víctima, sino el medio empleado, las características del ataque, la zona de impacto y la peligrosidad intrínseca de la agresión inferida, todo lo cual, en el presente caso, denota un *animus necandi*. El argumento de la demora en el ingreso al Hospital –y a la posible inconsistencia entre hora del delito y la hora de ingreso al nosocomio– es deleznable; lo esencial es la realidad de los disparos y la importancia y ubicación de la zona impactada–.

NOVENO. Que corresponde a la Fiscalía introducir la pretensión penal; no solo debe precisar los hechos y circunstancias relevantes, sino también indicar el tipo legal cometido. El Tribunal, sin embargo, no está fatalmente atado a la calificación jurídico penal del Ministerio Público –el título de condena, respecto del título acusatorio, es de competencia judicial– y, por ello, puede desvincularse dentro de ciertos marcos –vinculación temática absoluta y vinculación jurídica relativa–. Desde el objeto del debate la parte acusada cuestionó que se trate de un delito de homicidio calificado por ferocidad y mencionó que, en todo caso, se trataría de un delito de homicidio simple. Por tanto, el Tribunal está autorizado a definir los hechos dentro de ese marco jurídico: homicidio calificado u homicidio simple.

Más allá de que produjeron incidencias respecto a la tipificación del hecho –auto revocatorio y auto ampliatorio–, tales discrepancias jurídico penales no se dilucidan en vía incidental sino en la sentencia –la parte acusada puede plantear, como argumento defensivo de fondo, un tipo penal menos grave y el tribunal, desde ese margen, puede aceptar o no tal planteamiento, pero siempre motivadamente en la sentencia–. La ley no permite ni ampara una incidencia, con carácter previo, generada por la defensa para instar una modificación de la acusación fiscal ya proferida. El cuestionamiento a la tipificación acusatorio es de fondo y no incidental. Luego, no es posible estimar que como primero no se aceptó el tipo calificado, el fiscal ya no podía ampliar el objeto de investigación y, menos, impedirle que acuse por el delito que estimara procedente. El poder de acusación no puede ser limitado con carácter previo, en tanto en cuanto se respete la identidad del hecho.

DÉCIMO. Que el tribunal calificó el hecho como un supuesto de homicidio calificado por ferocidad. La ferocidad debe estar comprendida en su acepción de fiera; es decir, inhumanidad en el móvil, el mismo que revela para el autor una personalidad particular como un grado de culpabilidad mayor que la del simple homicida [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial I*, Editorial Juris, Lima, mil novecientos noventa y cinco, p. cincuenta y dos]. El agente mata por un motivo fútil, sin causa aparente o causa insignificante, cuya acreditación pasa por analizar la existente desproporción entre lo realizado por el occiso y la reacción desmedida que tuvo el homicida [VILLAVICENCIO TERREROS,

FELIPE: *Derecho Penal – Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, dos mil cuatro, p. doscientos trescientos treinta y cuatro].

En el presente caso, como quedó expuesto, el occiso no atacó ni insultó al procesado; se encontraba sentado en la grada de la loza deportiva haciendo bulla, lo que irritó al acusado, quien primero le tiró un ladrillo y, luego, con su pistola le disparó hasta en cuatro oportunidades, al mismo que le impactaron dos disparos. La desproporción entre la conducta del agraviado y la reacción del imputado es patente; su actitud fue inhumana, actuó fieramente contra una persona desarmada, a quien ni siquiera emplazó.

Según la pericia psicológica de fojas ciento diecisiete el imputado tiene un comportamiento impulsivo y presenta una baja tolerancia a la frustración; además, no mostró arrepentimiento frente al agraviado [ratificación plenarial de fojas ciento treinta]. Su particular personalidad, con el dato resaltante que era policía en actividad, revela un móvil bajo y una reacción carente de racionalidad.

Por consiguiente, la calificación jurídico penal efectuada por el Tribunal es correcta.

UNDÉCIMO. Que, por último, la Sala aplicó el artículo 46-A del Código Penal, pues el imputado era policía en actividad. Empero, tal circunstancia agravante no solo requiere que el sujeto activo sea miembro de la Policía Nacional, sino que concurrentemente exige que medie prevalimiento de ese cargo –que se aprovecha de su condición de tal– concretamente en la utilización de las armas proporcionadas por el Estado –ejercicio abusivo del cargo o función pública–. Él imputado Ramos Rivas no estaba en acto de servicio ni intervino para poner coto a una ilicitud flagrante, tampoco medió de su parte un acto de abuso o desviación de poder; el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorgada para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera, se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito (STSE 93/2007, de primero de febrero). La intervención delictiva de Ramos Rivas pertenece a su esfera particular y con motivo de una incidencia focalizada en una respuesta, desmedida e irrazonable por cierto, ante ruidos molestos que le afectaban como vecino. El poder público no estaba en cuestión; el encausado no puso ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales–.

Siendo así, al excluirse esta circunstancia agravante cualificada, debe disminuirse la pena impuesta, para lo cual debe tenerse presente la edad del imputado y su carencia de antecedentes. También debe tenerse presente el hecho que no auxilió al agraviado y huyó de la escena de los hechos, para presentarse luego de tres días de los hechos. Era, además, un policía en actividad. La pena a imponerse debe estar dentro del primer tercio: entre quince y veintidós años, por lo que, atento a lo precedentemente expuesto, debe ser de veintidós años de privación de libertad.

El recurso defensivo debe aceptarse parcialmente.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Suprema Provisional en lo Penal: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos cinco, de dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, en cuanto condenó a JUAN ANTONIO RAÚL RAMOS RIVAS como autor del delito de homicidio calificado por ferocidad (artículo 108, numeral 1 del Código Penal) en agravio de Fernando Daniel Revatta Fernández y fijó en cincuenta mil soles el pago que por concepto de reparación civil abonará a favor de los herederos legales del occiso. **II. Declararon, por mayoría, HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que impuso a RAMOS RIVAS treinta años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** veintidós años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el diecinueve de noviembre de dos mil trece vencerá el dieciocho de noviembre de dos mil treinta y treinta y cinco. **III. Declararon NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para que por ante el órgano jurisdiccional competente se inicie la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/abp

LA SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS, RESPECTO A LA AGRAVANTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 46-A DEL CÓDIGO PENAL, TIENE EL SENTIDO SIGUIENTE:

Lima, cuatro de julio de dos mil diecisiete

PRIMERO. El primer párrafo, del artículo cuarenta y seis-A, del Código Penal establece como circunstancia agravante:

Si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de la [...] Policía Nacional [...], para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos, el juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

SEGUNDO. La agravante describe dos supuestos: el primero consiste en el aprovechamiento de la condición para cometer el delito y, el segundo, en la utilización de armas confiadas por el Estado o cuya utilización le esté permitida en razón de su función en el aparato estatal.

TERCERO. En el primer caso, no cabe duda de que el fundamento es el aprovechamiento del cargo para cometer el hecho. El ordenamiento penal español contiene una situación equivalente en el inciso siete, del artículo veintidós, al considerar como circunstancia agravante: "Prevalerse del carácter público que tenga el culpable"; respecto a dicha agravante precisaron jurisprudencialmente que requiere: "[...] reunir la condición de funcionario público, y poner tal condición al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo (STS 1212/2017, de veintinueve de marzo).

CUARTO. La segunda parte de la agravante, del artículo cuarenta y seis-A, tiene que ver con el empleo de un arma proporcionada por el Estado o una propia,

pero habilitada su tenencia en razón de sus funciones; en este caso, se aprovecha de la legitimidad del uso que conlleva su función para la realización del hecho y, con ello, asegurarse el resultado.

QUINTO. El inciso uno, del artículo tres, de la Ley de la Policía Nacional del Perú (Decreto Legislativo número mil doscientos sesenta y siete), precisa que los efectivos policiales "se encuentran de servicio en todo momento y circunstancia"; mientras que el inciso nueve, del mencionado artículo, faculta a los miembros de la policía a "poseer, portar y usar armas de fuego, de conformidad con la Constitución y la Ley".

SEXTO. En el caso concreto, se declaró probado que el procesado disparó el arma de fuego de reglamento y dos proyectiles impactaron en el agraviado, lo que le ocasionó la muerte; con lo que se configuró la circunstancia de agravación descrita en el artículo cuarenta y seis-A del Código Penal.

SÉTIMO. La consecuencia de la agravante se encuentra en el segundo párrafo del mencionado artículo, donde se establece que se debe aumentar la sanción hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin exceder los treinta y cinco años.

OCTAVO. Los hechos fueron configurativos del delito de homicidio calificado, cuya sanción abstracta descrita en el primer párrafo del artículo ciento ocho solo precisa el extremo mínimo de quince años de privación de la libertad; por tanto, para establecer el máximo se debe recurrir al artículo veintinueve del Código Penal, el cual establece el plazo máximo de duración de la privación de libertad temporal en treinta y cinco años.

NOVENO. En consecuencia, los efectos de la agravante por el aprovechamiento de las atribuciones del cargo no pueden aplicarse, puesto que no es posible el incremento de hasta la mitad del máximo legal en la pena que ya está en el límite máximo que se permite.

DÉCIMO. La interpretación sobre la aplicación de la sanción por la agravante realizada por los señores magistrados del Colegiado Superior es que ante el incremento e imposibilidad de superar la valla de treinta y cinco años de privación de libertad, el mínimo y máximo es de treinta y cinco años¹; de esta manera se considera que no existe margen discrecional que recorrer, ni posibilidad de sanción diferenciada, lo que no es razonable afirmar.

DECIMOPRIMERO. En el caso submateria se impuso al procesado la sanción de treinta años de privación de la libertad al considerar que: a) carece de antecedentes judiciales; b) haber contribuido, en parte, con la investigación al haber admitido su responsabilidad desde el inicio; c) haberse presentado voluntariamente luego de huir del lugar de los hechos; d) contar con carga familiar.

DECIMOSEGUNDO. La imposición de treinta años de privación de la libertad se encuentra dentro del margen discrecional que establece el tipo penal, por lo que no cabe disminuir la sanción; la agravante se configuró pero no es posible su aplicación sobre el máximo legal al caso concreto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad, en parte, con el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **MI VOTO** es porque: **1.** Se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, por la que se condenó al recurrente como autor del delito de homicidio calificado por ferocidad, en agravio de don Fernando Daniel Revatta Fernández, a treinta años de privación de libertad. **2. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia de recurso. **HÁGASE** saber a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

S. S.

SALAS ARENAS

¹ Véase la página veintidós de la sentencia.