

Determinación judicial de la pena

Sumilla: La determinación judicial de la pena, tiene como función identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor del delito, dentro del cual deben tenerse en cuenta los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, así como los principios de proporcionalidad, razonabilidad y los fines de la pena.

Lima, veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por: **i)** el procesado Miguel Inchaústegui Dávila y **ii)** por el Fiscal de la Primera Fiscalía Superior Penal de la Merced, contra la sentencia de veinticinco de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada y Liquidadora de la Merced-Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, de folios quinientos cuarenta y nueve, que absolvió a Kelvin Alberto Saavedra Ushiñahua, de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-*homicidio calificado*, en agravio de Michael Alcarraz Fernández; y que condenó al recurrente Miguel Inchaústegui Dávila, como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-*homicidio simple*, en agravio de Michael Alcarraz Fernández, a diecisiete años y seis meses de pena privativa de libertad; y, fijó en S/ 30,000.00 el monto que por concepto de reparación civil que el sentenciado abonará a favor del agraviado.

De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **CHÁVEZ MELLA**.

CONSIDERANDO

§ IMPUTACIÓN FISCAL.-

PRIMERO: De la acusación fiscal a fojas 404, se desprende que el nueve de marzo de dos mil quince, aproximadamente a la 01:00 horas, cuando el

agraviado Michael Alcarraz Fernández se encontraba libando licor junto a su hermano Juan Robinson Alcarraz Fernández, dentro de la discoteca "Galaxia", ubicada en el distrito de Constitución, provincia de Oxapampa, departamento de Pasco, tres personas de sexo masculino, entre los que se encontraban los encausados Miguel Inchaústegui Dávila, kelvin Alberto Saavedra Ushiñahua y otro hombre no identificado, se le acercaron y empezaron a empujarlo, siendo que el encausado Miguel Inchaústegui Dávila le propinó una cachetada, por lo que el agraviado en respuesta le tiró un puñete en el rostro a la altura de la boca, instante en que dicho encausado sacó un arma de fuego que tenía en la cintura para amenazarlo, por lo que Michael Alcarraz Fernández, salió corriendo de la discoteca y tras él los tres sujetos, dirigiéndose al interior del mercado Constitución ubicado frente a la discoteca en mención; seguidamente, se escucharon dos disparos, y cuando el hermano del agraviado ingresó al mercado encontró a su hermano tirado en el suelo a quien le salía sangre de la nariz.

§ FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR.-

SEGUNDO: En la sentencia de mérito se declaró probada la responsabilidad penal del acusado Miguel Inchaústegui Dávila porque éste aceptó los cargos formulados en su contra; así también, se cuenta con la declaración de Pablo Rosas Padilla Cabezas, quien se refirió sobre la pelea suscitada entre el acusado Inchaústegui Dávila y el agraviado, y que posteriormente el agraviado salió corriendo de la discoteca "Galaxia" siendo seguido por el acusado, aunado a ello, se cuenta con el resultado de la prueba de balística e ingeniería forense que determina que dicho acusado presentaba plomo, antimonio y bario, lo que permite colegir que efectuó disparos; también, existe el acta de hallazgo y recojo de evidencias donde se halla ropa del acusado con manchas de sangre. Respecto al acusado Kelvin Alberto Saavedra Ushiñahua no existe medio probatorio alguno que permita concluir su responsabilidad, más aún si el acusado Miguel

Inchaústegui Dávila sostuvo que los hechos fueron cometidos únicamente por él. Para efectos de la determinación de la pena se tuvo en cuenta la condición de agente primario, el Ministerio Público no solicitó la aplicación de la reincidencia, y admitió los cargos formulados, por lo que corresponde beneficiarlo tal como dispone el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales.

§ EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

TERCERO: La defensa técnica del procesado Miguel Inchaústegui Dávila, en el recurso de nulidad de folios quinientos setenta y tres, cuestiona la dimensión de la pena impuesta, arguyendo que: **i)** No se consideró que cuando aconteció el hecho, se encontraba en estado de ebriedad, lo que no le permitía comprender la realidad, por lo que en atención al artículo 20 del Código Penal, debe atenuarse la sanción impuesta. **ii)** Por otro lado, no se tuvo en cuenta las carencias sociales, oficio y cultura del recurrente imponiéndole una sanción que no cumple las funciones, preventiva, protectora y resocializadora.

CUARTO: El representante del Ministerio Público, en el recurso de nulidad de folios quinientos setenta y seis, cuestiona dos extremos de la sentencia, arguyendo que: **i)** En primer lugar, en la acusación fiscal se calificó el hecho en el numeral 1 del artículo 108 del Código Penal – homicidio calificado, por ferocidad-, por cuanto se dio muerte al agraviado por motivo fútil, sin causa aparente o insignificante; esto es, por el solo hecho que el agraviado propinara un puñete al procesado Miguel Inchaústegui Dávila, por una simple riña que provocó le disparen al agraviado en la cabeza, por lo que no existe justificación para calificar el hecho como homicidio simple, lo que hizo la sala superior desvinculándose de la acusación fiscal. **ii)** En segundo lugar, cuestionó la absolución del acusado kelvin Alberto Saavedra Ushiñahua, pues no se consideró la concurrencia de los indicios de presencia en el lugar de

los hechos, de mala justificación, dado que el argumento que estuvo ahí por que hizo una carrera de pasajeros prestando el servicio de taxi, no se acreditó; del mismo modo, se advierten contradicciones en sus versiones, puesto que el acusado Miguel Inchaústegui Dávila, indicó que su coencausado conducía un vehículo de color gris oscuro, mientras que Saavedra Ushiñahua indicó que era un carro gris claro; así también señaló que cuando arribaba al distrito de Constitución guardaba la unidad en el garaje de la señora "Ruth" a la que describió como de tez blanca; sin embargo, cuando esta persona acudió al juzgamiento se verificó que tenía tez trigueña, lo que evidencia su participación en el delito y debe ser revocada.

§ FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.-

En cuanto al recurso del procesado Miguel Inchaústegui Dávila.-

QUINTO: El procesado solo recurre el extremo de la pena a fin que sea reducida. La determinación de la pena como materialización de los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto¹, debe realizarse conforme con los fines de la sanción, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva, y la prevención especial; es decir, el *quantum* debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una dimensión dentro de los límites normativos, razonando conforme con el injusto y la culpabilidad del encausado de acuerdo con una concepción material del delito, en la expectativa de la resocialización y reincorporación social y la afirmación del derecho ante la colectividad.

SEXTO: En ese orden de ideas, la determinación de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código

¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho". En: *Indref. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2007, p. 09.

Penal –que vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y aprecia la proporcionalidad como límite máximo–, como los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada “determinación legal” y la segunda rotulada como “determinación judicial”. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

SÉPTIMO: Señalado lo anterior, cabe remitirse, en principio, a la pena conminada prevista para el ilícito de homicidio simple, que de acuerdo con el artículo 106 del Código Sustantivo [normatividad vigente a la fecha de los hechos], establece como sanción no menor de seis años ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad –determinación legal–.

OCTAVO: Continuando con el análisis de la dimensión de la pena, corresponde precisar su magnitud cuantitativa. En esa línea de ideas, el Colegiado Superior para imponer la sanción consideró los presupuestos previstos en el artículo 45 del Código Penal, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, el nivel de cultura y costumbres [ocupación comerciante, grado de instrucción secundaria completa], que cuenta con antecedentes penales (fojas doscientos ochenta y seis); en modo alguno justifican una reducción por debajo de la sanción conminada en el tipo penal. Se trata de circunstancias genéricas de atenuación que sólo permiten imponer la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta [tercio superior], según el artículo 46 del Código Sustantivo.

NOVENO: Del mismo modo, en cuanto al agravio que no se consideró que se encontraba en un estado de grave alteración de la conciencia, que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender el injusto del hecho; sin embargo, analizados los actuados, conforme opinó el señor Fiscal Supremo, se advierte que en autos no obra el dictamen pericial pertinente que permita establecer si el encausado se encontraba en estado de embriaguez y cuántos gramos de alcohol tenía por litro de sangre. Lo que excluye la imputabilidad no es la ebriedad del agente, sino que la cantidad de alcohol ingerida lo condujo a ese estado, el cual según la tabla de alcoholemia, anexa en la Ley N.º 27753, es el considerado en el cuarto periodo (de 2,5 a 3,5 gramos de alcohol por litro de sangre) y las características que se presentan son estupor, coma apatía, falta de respuesta de los estímulos, marcada descoordinación muscular y relajación de los esfínteres, las que no se advierten en la conducta desplegada por el procesado quien tuvo una riña con el agraviado, lo persiguió y le disparó en la cabeza, ocasionándole la muerte; entonces, no concurre la causal establecida en el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal, pues el autor no tenía disminuida su capacidad para auto controlarse -determinación judicial-.

DÉCIMO: Para individualizar la pena también resulta aplicable el principio de proporcionalidad y razonabilidad, que deben ser ponderados para establecer una medida objetiva entre el ilícito y la sanción; y la dimensión punitiva impuesta por el Colegiado Superior es acorde a lo establecido en la normatividad -principio de legalidad-, como hizo la Sala Superior. El *quantum* impuesto responde a los criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. La sanción inferior solicitada por el recurrente no es atendible.

Respecto del recurso del Ministerio Público.-

UNDÉCIMO: En cuanto al extremo, cuestionado por el titular de la acción penal que el hecho corresponde al delito de homicidio calificado por ferocidad y no homicidio simple. De los actuados se desprende que los testigos que se encontraban en la discoteca, declararon que el hecho se produjo por una discusión entre las partes y también agresión física entre el agraviado y el condenado Inchaústegui Dávila, lo que motivó que este último sacara su arma de fuego con la que dio muerte a Alcarraz Fernández; entonces, la muerte se originó por una pelea que continuó fuera de la discoteca y luego en el mercado se efectuaron los disparos; en tal sentido, no se evidencia la concurrencia de la agravante ferocidad, ya que para que configure esta, por un lado, requiere que el sujeto activo mate a una persona sin motivo algún o sin un móvil aparentemente aplicable, que denota desprecio por la vida humana, y por otro lado, que el agente actúe con ferocidad brutal en su determinación homicida; por lo que el factum de la acusación no permite subsumir dicha conducta en la circunstancia de ferocidad.

-Del extremo absolutorio.-

DUODÉCIMO: El Ministerio Público es el órgano al que la Constitución Política del Perú ha encomendado la función persecutora, destinada a la aplicación del Derecho Penal a los infractores de las normas jurídico-penales, es trascendente observar los alcances del proceso penal esencialmente acusatorio, que se han fijado al atribuir a la Fiscalía la titularidad de la acción penal en régimen de monopolio².

² Cabe precisar que uno de los principios que rige la actuación del Ministerio Público es el de jerarquía; del que deriva que se trata de una institución jerárquicamente organizada (así lo indica su Ley Orgánica), lo que se traduce en un sistema de instrucciones generales y específicas para el correcto ejercicio de las funciones; existe, entonces, una relación de jerarquía que conlleva dos consecuencias fundamentales: a) la posibilidad de que el superior controle la actuación del fiscal de cargo inferior, del que es responsable; y b) el deber de obediencia de los subordinados respecto de aquel; lo que se traduce en dos formas de control: 1) El conocimiento de los casos que conoce el superior en grado, donde la orden de este ha de cumplirse. 2) A través de las instrucciones que se impartan de manera general, sea mediante la expedición de circulares o directivas que, en suma, lo que buscan no es sino

DÉCIMO TERCERO: El sistema acusatorio exige que alguien inste la constitución de un proceso penal; que la actividad persecutora del delito se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar; si bien el Ministerio Público es un órgano estatal que desarrolla una función pública, ello permite diferenciar, al interior del Estado, esas dos funciones y evitar que un mismo órgano concentre ambos roles³.

DÉCIMO CUARTO: Del análisis de lo actuado, resulta que no existe pretensión penal entablada por el órgano encargado de ejercitarla, puesto que, aunque el representante de la Fiscalía Superior, recurrió la sentencia en el extremo absolutorio, la Fiscalía Suprema en lo Penal, órgano jerárquicamente superior, opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia en cuanto a la absolución; en consecuencia, bajo las reglas del principio acusatorio, se diluyó la imputación penal contra Saavedra Ushiñahua; entonces el titular de la acción penal, obró de modo que equivale al desistimiento de la persecución del delito, tal como se aprecia en el Dictamen Fiscal Supremo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de veinticinco de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada y Liquidadora de la Merced-Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, de folios quinientos cuarenta y nueve, que absolvió a Kelvin Alberto Saavedra Ushiñahua, de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-

una actuación uniforme de los miembros del Ministerio Público. Tomado de SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Idemsa, 2004, pág. 137.

³ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Segunda edición. Lima: Editorial Grijley, 2003, págs. 234 y 235.

homicidio calificado, en agravio de Michael Alcarraz Fernández; y condenó a Miguel Inchaústegui Dávila, como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-*homicidio simple*, en agravio de Michael Alcarraz Fernández, a diecisiete años y seis meses de pena privativa de libertad; y, fijó en S/ 30,000.00 el monto que por concepto de reparación civil que el sentenciado abonará a favor del agraviado, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

ZCH/jjcn