

DETERMINACIÓN DE LA PENA

La determinación judicial de la pena alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales. En ese análisis cognitivo el juzgador también debe observar las causales de disminución de punibilidad y las reglas de bonificación procesal.

Lima, once de abril de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia conformada del 8 de julio de 2020, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur (folio 129), en el extremo que le impuso a Luis Máximo Antay Ureta, 4 años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que se convirtió en 208 jornadas de prestación de servicios a la comunidad, que con el descuento de los días en que se encontró privado de la libertad (un año con un mes y dieciocho días que equivalen a cincuenta y nueve jornadas), la pena que corresponde cumplir es de 149 jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Ello, al ser declarado autor del delito de robo con agravantes (previsto en los incisos 3, 4 y 7, del primer párrafo, del artículo 189, del Código Penal), en perjuicio de Tania Flor Mansilla Salvatierra.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. El recurso de nulidad es el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios que regula el Código de Procedimientos Penales. En términos del profesor García Rada: "Se trata de un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión superior"¹. De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, el recurso de nulidad permite la revisión total de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema.

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 981.

La Sala Penal de la Corte Suprema tiene facultades para modificar o revocar la sentencia o auto dictados por la instancia inferior. Previa a la resolución final de la Sala Suprema, el Ministerio Público debe emitir pronunciamiento y lo hará si la causa se encuentra dentro de los supuestos taxativamente contemplados en el artículo ochenta y tres de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Frente a la decisión adoptada no cabe recurso alguno y, por lo tanto, la causa se agota procesalmente dado que la ejecutoria genera estado definitivo del proceso.

SEGUNDO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

El 15 de mayo de 2019 a las 13:00 horas, cuando la agraviada Tania Flor Mansilla Salvatierra transitaba por las inmediaciones de la avenida José Olaya-Villa María del Triunfo, se estacionó a su lado un vehículo mototaxi del cual descendió el encausado Luis Máximo Antay Ureta, el mismo que se acercó a ella y tras tomarla por la espalda trató de sustraerle el teléfono celular, el cual se encontraba al interior de una cartera que la víctima llevaba, siendo que al oponer resistencia al robo, el encausado tomó una piedra golpeándole en la cabeza a su víctima, tras lo cual la lanzó contra el suelo, arrastrándola por el mismo a pesar que la víctima se encontraba en estado de gestación. Asimismo, vecinos del lugar alertados por lo sucedido acudieron en auxilio de la agraviada, logrando retener al imputado, ello mientras el sujeto no identificado que se encontraba a bordo de ese vehículo se daba a la fuga. Luego de unos minutos hizo su aparición personal policial, los mismos que procedieron con la intervención del acusado, conduciéndolo a la dependencia policial; así como el traslado de la agraviada hasta un centro de salud, a fin de recibir atención médica debido a las lesiones sufridas y, a su avanzado estado de gestación.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

El señor fiscal, al fundamentar el recurso de nulidad (folio 139), cuestionó la sanción penal individualizada, alegando que:

3.1. La reducción de la pena por tentativa no resulta ser una potestad absoluta del juez, pues esto se debe realizar de forma prudencial, lo que no ocurrió en

el presente caso, ya que se redujo en 4 años la pena, sin considerar como se produjo los hechos, donde se causó lesiones a la agraviada; por ello, se debió reducir solo 2 años.

3.2. Tampoco se comparte la motivación que se hizo para aplicar la eximente imperfecta, ya que solo se consideró la testimonial del efectivo policial Oliveros Medina para afirmar que el acusado cometió los hechos bajo los efectos del alcohol; testimonial que no resulta suficiente para cuantificar el grado de alcohol, ya que lo que excluye la imputabilidad no es que el procesado este ebrio, sino que la cantidad de alcohol ingerida fue de tal grado que lo condujo a un estado de grave alteración de la conciencia. En ese sentido, no se debió aplicar ese motivo para reducir la pena.

3.3. Finalmente, no se debió convertir la pena privativa a prestación de servicio, pues esa conversión se da cuando la pena a aplicarse sea de escasa o poca gravedad, y no en casos de mayor gravedad.

CUARTO. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

4.1. La determinación judicial de la pena “alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales”², tanto en su aspecto cualitativo (el tipo de pena), cuantitativo (*quantum*) y ejecutivo (efectiva o suspendida). Es por ello que DEMETRIO CRESPO³ hace una clasificación de las modalidades de individualización de la pena: **i) En sentido estricto**, que alude al tipo y cantidad de pena que se aplicará al agente del delito, y, **ii) En sentido amplio**, referido a la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena y otros substitutivos penales.

4.2. Para este procedimiento se debe tener presente el principio de proporcionalidad, contemplado en el artículo 8, del Título Preliminar, del Código Penal, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la

² PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas, 2018, p. 188.

³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor y otros. *Determinación de la pena*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 78-79.

pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena: preventiva, protectora y resocializadora. En ese análisis cognitivo —tomando como referencia aspectos objetivos—, el juzgador también debe observar lo estipulado en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, y otros supuestos como son: las causales de disminución de punibilidad (responsabilidad restringida, tentativa, eximentes imperfectas y la complicidad secundaria) y las reglas de bonificación procesal (conclusión y terminación anticipada, y confesión sincera).

QUINTO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

5.1. La Sala Superior al momento de dosificar la sanción penal a imponer al acusado —ver considerandos quinto y sexto de la sentencia cuestionada—, aplicó los efectos de las causales de tentativa y eximente imperfecta —alteración parcial de la conciencia—, y, por último, la bonificación procesal por conclusión anticipada. Quedó como pena concreta final, 4 años de pena privativa con el carácter de efectiva. Pero, al advertirse que el encausado ya se encontraba privado de su libertad por un tiempo de 1 año con 1 mes y 18 días, y que se trata de una persona joven, el Colegiado estimó convertir esa sanción penal a prestaciones de jornadas.

5.2. Este Tribunal Supremo no comparte ese procedimiento técnico-valorativo para la dosificación de la pena privativa de libertad. Principalmente, porque en el presente caso no correspondió aplicar la eximente imperfecta prevista en el artículo 21, en concordancia con el inciso 1, del artículo 20, del Código Penal, ya que la “alteración parcial de la conciencia” por haber ingerido licor, no se encuentra acreditada suficientemente.

No basta lo afirmado por el efectivo policial interviniente (ver folio 14) para dar por cierto ello. Más aún, que el mismo acusado no lo indicó en su versión (ver folio 17, donde señaló que, previó al acto de ejecución del delito, se encontraba en el paradero de las motos haciendo “hora”, y llegaron sus amigos en un mototaxi, con quienes fue para luego cometer el ilícito). Por tanto, no se configura la referida eximente imperfecta, no debiendo ser aplicados sus efectos de reducción en la determinación de la pena.

5.3. En ese contexto, solo concurre una causal de disminución de la punibilidad —tentativa— y una regla de bonificación procesal —conclusión anticipada—. Por tentativa, si tenemos en cuenta los hechos suscitados y las condiciones personales del acusado, sí corresponde hacer una reducción de 4 años la pena con base en el extremo mínimo legal del marco penal. Entonces, queda como pena concreta parcial 8 años. Aquí, se debe aplicar los efectos de la conclusión anticipada, esto es, la reducción de 1/7 de esa pena. Como resultado, se tiene 6 años con 10 meses. Este es el *quantum* de pena privativa que se le debe imponer al sentenciado; por lo que, no cabe, según el artículo 52 del Código Penal, su conversión a prestación de servicios, pues nos encontramos ante una pena privativa mayor de 4 años.

5.4. En ese sentido, el recurso de nulidad del señor fiscal tiene sustento en parte, de modo que, se debe modificar la sentencia en el extremo de la sanción penal, quedando en 6 años con 10 meses la pena privativa de libertad. En consecuencia, se deberá emitir las órdenes de ubicación y captura para su respectiva ejecución.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

I. DECLARAR, HABER NULIDAD en la sentencia conformada del 8 de julio de 2020 (folio 129), en el extremo que le impuso a Luis Máximo Antay Ureta, 4 años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que quedó convertida en 149 jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Ello, al ser declarado autor del delito de robo con agravantes (previsto en los incisos 3, 4 y 7, del primer párrafo, del artículo 189, del Código Penal), en perjuicio de Tania Flor Mansilla Salvatierra. **REFORMÁNDOLA**, le impusieron 6 años con 10 meses de pena privativa de libertad, por el mismo delito y agraviada; y, para efectos del cómputo, se deberá tener en cuenta la privación de libertad que sufrió desde el 15 de mayo de 2019 (ver notificación de detención de folio 8) hasta el 8 de julio de 2020 (fecha en que fue puesto en libertad en virtud a la sentencia cuestionada). El cómputo integral de la pena se efectuará una vez que se haga efectiva la captura.

II. ORDENAR que se emitan las órdenes de captura y ubicación en contra del citado acusado, para que se haga efectiva la sanción penal impuesta.

III. DISPONER se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen, y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

IGL/awza