



La determinación de la pena y legalidad

Sumilla. Para la determinación de la pena deben observarse las reglas y límites establecidos por la ley.

Lima, ocho de septiembre de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la representante del MINISTERIO PÚBLICO¹ contra la sentencia conformada del 9 de agosto de 2021² emitida por la Sala Mixta-Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pasco. En el extremo punitivo relacionado a FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO, a quien se le impuso la sanción de seis años de pena privativa de libertad por la comisión de los delitos contra el patrimonio-robo con agravantes³ y robo de ganado⁴ en perjuicio de Niceas Carhuaricra Arias.

Intervino como ponente el juez supremo **Prado Saldarriaga**.

FUNDAMENTOS

I. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

Primero. El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios del ordenamiento procesal peruano⁵. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema (cuya competencia fluye del artículo 15), tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

II. HECHOS IMPUTADOS

Segundo. Se atribuye al procesado FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO la comisión de los delitos de robo con agravantes y robo de ganado en agravio de Niceas

¹ Foja 839.

² Véase a foja 818.

³ Tipo base previsto en el artículo 188, en concordancia con los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal.

⁴ Previsto en el artículo 189-C del Código Penal.

⁵ Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.



Carhuaricra Arias. Tales hechos ocurrieron el 2 de julio de 1996, aproximadamente a las 19:00 horas. En esa ocasión el procesado, encapuchado, junto a otras personas, provistos de armas de fuego y de manera violenta ingresaron al domicilio del agraviado ubicado en las inmediaciones de la laguna Tauli-Nicaca. En dicho lugar se apoderaron de sesenta cabezas de ganado ovino, una radio de comunicación a larga distancia de propiedad de la Compañía Milpo, prendas de vestir, una frazada y otras especies. Tales bienes fueron valorados aproximadamente en la suma de 5800,00 soles.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

Tercero. La representante del MINISTERIO PÚBLICO interpuso recurso de nulidad y solicitó el incremento de la pena privativa de libertad impuesta al acusado FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO, la cual, a su consideración, debería elevarse por lo siguiente:

- 3.1.** La Sala no habría tomado en cuenta que en el presente caso la pena concreta sería de 10 años de pena privativa de libertad, esto debido a que se está frente a un concurso ideal de delitos (robo con agravantes y robo de ganado), es el mínimo legal previsto para el delito más grave que corresponde al delito de robo con agravantes tipificado en los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 189 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 26630, vigente al momento de la comisión de los hechos, que tenía previsto un marco punitivo de entre 10 a 20 años de pena privativa de libertad.
- 3.2.** La fiscal superior señala que si bien es cierto que el acusado se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral, también lo es que ello no comporta una circunstancia atenuante privilegiada, pero sí constituye una regla de reducción punitiva por bonificación procesal que se aplica sobre la base de la pena concreta previa que se haya determinado y que acorde con lo establecido por el Acuerdo Plenario N.º 05-2008/CJ-116 esta reducción no puede ser un sexto sino un porcentaje menor, un séptimo o menos.



3.3. También señala que efectivamente en el fundamento jurídico 22 del citado Acuerdo Plenario se expresa lo siguiente:

Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136 de la Ley Procesal Penal con el artículo 5 de la Ley N.º 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad.

3.4. En el presente caso, puesto que el acusado FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral, de conformidad con lo previsto por el artículo 5 de la Ley N.º 28122, acorde con lo estipulado en el referido Acuerdo Plenario, la sanción a imponerse resultaría de 8 años y 8 meses de pena privativa de libertad que resulta de la reducción de la séptima parte –en el mejor de los casos– de la pena concreta, y no 6 años de pena privativa de libertad que fue la pena impuesta; tanto más que tampoco constituye una circunstancia atenuante privilegiada lo resaltado por el *Ad quem* al decir que: “Observamos que su edad es de 63, a diferencia del tiempo en que ocurrieron los hechos, en las que los beneficios penitenciarios no estaban prohibidos en este tipo de delitos”.

3.5. IV. DICTAMEN FISCAL SUPREMO

Cuarto. El fiscal supremo opinó porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en el extremo que condena a FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO por el delito de robo con agravantes y robo de ganado en perjuicio de Niceas Carhuaricra Arias a 6 años de pena privativa de libertad; y, reformándola, solicita que se le aumente la pena a 8 años y 7 meses de pena privativa de libertad, sobre la base de los siguientes argumentos:

4.1. Se advierte que la Sala tuvo en cuenta la edad actual del acusado (63 años) para considerar dicho aspecto como un presupuesto para fundamentar y determinar la pena, pese a que no resulta aplicable para la valoración de la pena.

4.2. Al tratarse de un caso de concurso ideal de delitos (robo con agravantes y robo de ganado) el mínimo legal previsto para el delito más grave –que corresponde al delito de robo con agravantes– es de 10 a 20 años. Sin embargo, se tiene que tener en cuenta que el procesado se acogió a la



conclusión anticipada del juicio oral, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122. En el presente caso la pena concreta es de 10 años, conforme lo admitió el Tribunal Superior. Así, a la pena concreta se le va a aplicar una reducción de hasta la séptima parte, con lo que se obtiene el siguiente resultado:

- o $10 \times 12 \text{ meses} = 120 \text{ meses} / 7 = 1 \text{ año y } 5 \text{ meses}$.
- o $10 \text{ años} - 1 \text{ año y } 5 \text{ meses} = 8 \text{ años y } 7 \text{ meses de pena privativa de libertad}$.

4.3. La pretensión impugnatoria de la Fiscalía recurrente debe ser estimada parcialmente, aumentándole, de ese modo, la cuantía de pena privativa de libertad hasta los 8 años y 7 meses.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO

Quinto. El recurso impugnatorio planteado por el representante del MINISTERIO PÚBLICO cuestiona la pena privativa de libertad impuesta a FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO. Así, corresponde a este Supremo Tribunal evaluar si la decisión punitiva adoptada se encuentra arreglada a ley.

Sexto. Al respecto, es pertinente precisar que según el texto original del artículo 48 del Código Penal ante la existencia de un concurso ideal de delitos imputados se debe aplicar la pena más grave de los tipos penales realizados. En consecuencia, en atención a que el hecho tipificado como robo de ganado y robo con agravantes la pena mayor correspondía al tipo penal realizado del artículo 189, que a la fecha de los hechos era no menor de 10 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad (véase el tipo base previsto en el artículo 188, en concordancia con los incisos 1, 2, 3 y 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal).

Séptimo. Asimismo, es pertinente tener en cuenta que el procesado FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO aceptó su responsabilidad civil y penal sobre el hecho imputado para acogerse a los alcances de la conclusión anticipada del proceso. Por su parte, el *Ad quem*, al emitir la sentencia conformada materia de impugnación, impuso al procesado 10 años de pena privativa de libertad. Luego tuvo en cuenta la edad del procesado (63 años) para reducirle la pena



por debajo del mínimo legal. Asimismo, aplicó los efectos de la regla de reducción por bonificación procesal para reducir la pena impuesta de modo ilegal más allá del séptimo autorizado por ley, aplicando 6 años de pena privativa de libertad.

Octavo. En atención, pues, al análisis del procedimiento aplicado por la Sala Superior para fijar la pena en el caso *sub judice* este Supremo Tribunal aprecia que la decisión punitiva cuestionada excedió los límites autorizados por la ley. Por consiguiente, es pertinente convenir con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal y corregir la pena impuesta en los términos que autoriza el artículo 5 de la Ley N.º 28122 y el Acuerdo Plenario N.º 05-2008/CJ-116. Pero además se debes tener en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la carencia de antecedentes penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y juezas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de conformidad en parte con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del 9 de agosto de 2021 emitida por la Sala Mixta-Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pasco. En el extremo que impuso a FLORENCIO ÁLVAREZ CALERO 6 años de pena privativa de libertad por los delitos contra el patrimonio-robo con agravantes y robo de ganado, en concurso ideal, en agravio de Niceas Carhuaricra Arias; y, **REFORMÁNDOLA** en dicha parte, le impusieron 7 años de pena privativa de libertad que computada desde el 7 de junio de 2021 (fecha en la que fue detenido) vencerá el 6 de junio de 2028. Hágase saber.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

VPS/fata