



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 2656-2017
APURÍMAC**

**Determinación de la pena:
circunstancias concurrentes**

Sumilla. Si se presente una circunstancia de agravación genérica que coincide con un elemento típico del delito imputado, se considerará solo esta última; de lo contrario, se realizaría una doble valoración de un mismo hecho para determinar la pena.

Lima, doce de febrero de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia conformada del veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete (a foja setecientos cuatro), en el extremo que impuso cuatro años de pena privativa de libertad con ejecución suspendida por un periodo de dos años a **Mario Ortiz Merino** como autor del delito contra el patrimonio-abigeato agravado, en perjuicio de –quien en vida fue– Victoria Allcca Pérez y Samuel Vargas Yauris.

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

Primero. En el recurso formalizado por el representante del Ministerio Público (a foja setecientos treinta y cuatro), se cuestionó la sentencia recurrida en el extremo de la pena impuesta por el delito contra el patrimonio-abigeato agravado, en los siguientes términos:

- 1.1.** Se consideró la condición personal del autor (divorciado y a cargo de siete hijos) como una circunstancia de atenuación; sin embargo, esta no fue debidamente acreditada.



1.2. La pena se debió establecer dentro del tercio intermedio, pues concurren una circunstancia atenuante (carencia de antecedentes penales) y otra agravante (pluralidad de agentes).

Segundo. Conforme a la acusación fiscal (a foja ciento diecisiete), se imputó a Alberto Vega Barboza, Rosalío Vega Ruiz, Lorenzo Rojas Díaz, Mario Ortiz Merino y otro haber sustraído mediante violencia las llamas de propiedad de –quien en vida fue– Victoria Allcca Pérez.

El siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, por la noche, los imputados se reunieron en el lugar de Tocceasca, pero como llovía se quedaron en el centro poblado de Huachuacocha. Al día siguiente, a las tres de la tarde, Rosalío Vega Ruíz y Mario Ortiz Merino juntaron treinta y cinco llamas, mientras los demás imputados ataron a los dueños y los amedrentaron con sus armas de fuego.

Posteriormente, los procesados trasladaron a los animales hasta el lugar de Yanamachay, Sucaraylla, en Huancabamba, adonde llegaron el nueve de octubre a las cuatro de la madrugada. En ese lugar, mataron a las llamas con una soga y descansaron para esperar a César Truyenque, quien llegaría con un carro para llevarse la carne de los animales.

Sin embargo, en ese momento se presentaron veinte personas aproximadamente (propietarios de las llamas y vecinos), provistos de piedras, huaracas y palos, con los que atacaron a los procesados. Para repeler la agresión, Alberto Vega Barboza usó su arma de fuego, y una de las balas impactó a la agraviada Victoria Allca Pérez (y le causó la muerte), mientras que otro ahuyentó a la gente al disparar un arma rústica, por lo que pudieron huir.

Tercero. Mediante sentencia del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve (a foja doscientos setenta y nueve), se



absolvió a Rosalío Vega Ruiz y Lorenzo Rojas Díaz de la imputación en su contra por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio agravado, y se les condenó como autores del delito contra el patrimonio-abigeato agravado, en perjuicio de Victoria Allcca Pérez.

El acusado Alberto Vega Barboza fue condenado mediante sentencia del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve (a foja doscientos veintisiete-cuaderno complementario) como autor del delito contra la vida el cuerpo y la salud-homicidio agravado y contra el patrimonio-robo de ganado a diez años de pena privativa de libertad efectiva.

Se reservó el proceso contra el reo ausente Mario Ortiz Merino hasta que sea habido; su captura se realizó el doce de mayo de dos mil diecisiete, como se verifica del oficio de la Policía Nacional del Perú (a foja seiscientos once).

Cuarto. La Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurímac emitió sentencia conformada contra Mario Ortiz Merino como autor del delito de abigeato agravado (a foja setecientos cuatro), pues este se acogió a los alcances de la conclusión anticipada del debate oral (prevista en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós), al admitir su responsabilidad sobre los hechos materia de acusación fiscal, así como la reparación civil (véase el acta de sesión de audiencia del veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete, a foja setecientos uno¹). Debe anotarse que el procesado se encontraba asesorado por su abogado defensor.

Quinto. En ese sentido, el hecho delictivo y la responsabilidad penal se acreditaron con la renuncia del encausado a la actuación probatoria y su aceptación de la tesis incriminatoria que desarrolló el

¹ Debe indicarse que el acta de esta sesión se encuentra incompleta.



Fiscal Superior en su contra. Por ello, el Tribunal de Instancia solo realizó un juicio de subsunción, estableció la pena y la reparación civil a imponerse, mas no valoró los actos de investigación ni las actuaciones realizadas en la etapa de instrucción, conforme a los alcances de la conclusión anticipada.

Sexto. Se verificó que se cumplieron los requisitos legales previstos para la aplicación de dicho instituto procesal, por lo que solo se analizará si la pena impuesta se encuentra debidamente motivada y resulta razonable, ya que es el extremo que fue cuestionado mediante el recurso presentado por el representante del Ministerio Público.

Séptimo. El delito materia de condena del procesado, robo de ganado agravado, se encuentra previsto en el artículo ciento ochenta y nueve-C, segundo párrafo, del Código Penal², que prevé una pena no menor de cinco ni mayor de quince años de privación de libertad.

Para la determinación de la pena, la Sala Superior consideró como atenuantes que el procesado carecía de antecedentes penales³ y sus condiciones personales (padre divorciado a cargo de sus siete hijos), y como circunstancia de agravación la pluralidad de agentes que participaron en la comisión del delito, por lo que situó la pena en el

² Artículo 189-C. Robo de ganado (incorporado mediante Ley número veintiséis mil trescientos veintiséis):

El que se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física [...]

La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años si el delito se comete con el concurso de dos o más personas, o el agente hubiere inferido lesión grave a otro o portando cualquier clase de arma o de instrumento que pudiese servir como tal.

³ Véase certificado de antecedentes penales a foja trescientos setenta y seis.



tercio inferior, y para reducirla por debajo del mínimo legal se consideraron los beneficios premiales que acompañan a las instituciones de confesión sincera (conforme a los alcances del artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales) y conclusión anticipada.

Así, el análisis partió del mínimo legal (cinco años), se redujeron cinco meses por confesión sincera y siete meses por la conformidad procesal, por lo se arribó a la pena impuesta (cuatro años de pena privativa de libertad con ejecución suspendida).

Octavo. Este Colegiado Supremo verificó que la Sala Superior incurrió en un error al indicar que, si –según su análisis– se presentaban circunstancias de atenuación y de agravación genéricas (previstas en el artículo cuarenta y seis del Código Penal), la pena se debía establecer en el tercio inferior; ya que, según se señala en el artículo cuarenta y cinco-A, inciso dos, literal b, del mismo código, “cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio”.

Noveno. No obstante, este Colegiado Supremo advierte en el presente caso no correspondía aplicar la circunstancia de agravación genérica de pluralidad de agentes (prevista en el artículo cuarenta y seis, inciso dos, literal i, del Código Penal), debido a que esta se encuentra prevista específicamente en el tipo penal materia de acusación como causa de agravación para sancionar el delito (“si el delito se comete con el concurso de dos o más personas”), por lo que no correspondía ser valorada en el análisis de la determinación de la pena (por tercios).

Se trata de un supuesto que la doctrina ha denominado circunstancias concurrentes, pues la condición (pluralidad de agentes)



está contemplada de forma dual tanto en el artículo cuarenta y seis, inciso dos, literal i, del Código Penal como en el tipo penal aplicable al presente caso (artículo ciento ochenta y nueve-C del Código Penal).

Al respecto, el jurista Víctor Roberto Prado Saldarriaga⁴ advierte que, en estos casos, se debe eliminar la circunstancia general y aplicar únicamente la especial.

Décimo. Con relación a lo cuestionado por el representante del Ministerio Público en su recurso, se verificó que las condiciones personales del autor (padre divorciado a cargo de siete hijos) valoradas por la Sala Superior como circunstancia de atenuación no se encuentran debidamente acreditadas, ya que Mario Ortiz Merino solo presentó la partida de nacimiento de un hijo (a foja seiscientos setenta y cuatro).

Undécimo. Por lo que, en el presente caso, solo se presenta la circunstancia de atenuación genérica de carencia de antecedentes penales (a foja trescientos setenta y seis) y la pena debía ser establecida dentro del tercio inferior (de cinco años a ocho años con cuatro meses) y no del tercio intermedio, como alegó el Fiscal recurrente.

Por otro lado, la Sala Superior valoró que en el presente caso se debían aplicar los beneficios premiales de la confesión sincera y conformidad procesal (conclusión anticipada); y estas circunstancias no fueron cuestionadas por el representante del Ministerio Público.

Este Colegiado Supremo verifica de la revisión de los actuados que el procesado Mario Ortiz Merino brindó su declaración preliminar (a foja diecisiete, con presencia del Fiscal) y admitió su participación en el delito de abigeato agravado. Posteriormente, en juicio oral (a foja setecientos uno), reconoció los cargos en su contra por este extremo, por lo que se

4

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 2656-2017
APURÍMAC**

verifican los requisitos para la aplicación de la confesión sincera y conclusión anticipada.

La determinación de la pena, partiendo del extremo mínimo de esta, se encuentra debidamente motivada y resulta razonable, por lo que será confirmada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia conformada del veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete (a foja setecientos cuatro), que condenó a **Mario Ortiz Merino** como autor del delito contra el patrimonio-abigeato agravado, en perjuicio de –quien en vida fue– Victoria Allcca Pérez y Samuel Vargas Yauris, a **cuatro años de pena privativa de libertad con ejecución suspendida por un periodo de dos años**; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

PT/wchgi