



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 1165-2015
LIMA

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS-DESVINCULACIÓN PROCESAL

Sumilla: I. El primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal queda consumada cuando se llevan a cabo compartimientos como el de favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sean estos mediante actos de fabricación o tráfico, donde no se requiere que la droga elaborada sea adquirida por los consumidores o que la sustancia prohibida sea puesta en el mercado, pues el destino de la droga es una finalidad ulterior del agente, que no tiene que agotarse para objeto de la realización típica. Se diría entonces, que la mera tenencia resulta siendo penalizado, pero si la posesión toma lugar con fines de tráfico, la conducta ha de ajustarse en la modalidad siguiente – segunda párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal-, toda vez que para su consumación se requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión debe estar orientada a un acto posterior de tráfico ilegal, constatóndose que la droga va a ser objeto de circulación, de comercialización, venta etc, que ya cuenta con un destino predeterminado. II. El juicio de desvinculación es constitucionalmente aceptable, siempre y cuando: a) El delito materia de condena pertenezca a la misma familia delictiva (tipo penal homogéneo); y b) La distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de la defensa del imputado, esto es, que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad o que, en toda caso, no se trate de un fallo sorpresivo.

Lima, veintitrés de enero de dos mil diecisiete.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del acusado Paulo César Luna Arazamendi, contra la sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil catorce de folios mil diecisiete a mil diecinueve vuelta, que por mayoría lo condenó por el delito contra la Salud Pública-Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de Posesión y Almacenamiento de Clorhidrato de Cocaína con fines de Comercialización, en agravio del Estado, a doce años de pena privativa de libertad, fijó una reparación civil de cinco mil soles a favor del Estado, y a ciento veinte días multa en razón de dos soles diarios a favor del Tesoro Público del Estado.

De conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **Pacheco Huancas**.



CONSIDERANDO:

↓ HECHOS ATRIBUIDOS

1. Se atribuye al imputado Paulo César Luna Arazamendi, que con fecha dos de mayo de dos mil trece, fue intervenido por acciones de inteligencia de la DIVINCRÍ en la cuadra veinte de la calle General Córdova-Lince; y al ser sometido a una entrevista preliminar, indicó que un día antes, un sujeto por encargo del conocido como "Renzo", le dio a guardar un maletín de color azul, el mismo que como consecuencia del registro de la habitación, fue hallado debajo de su cama, en cuyo interior se encontró, cinco paquetes precintados conteniendo un peso neto total de 4, 996 Kg de clorhidrato de cocaína.

↓ ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

2. La Sala Superior fundamentó la responsabilidad penal del condenado, Pablo César Luna Arazamendi, por los siguientes argumentos:
 - ✓ El Atestado Policial dio cuenta que se allanó el domicilio en un contexto de flagrancia que permitió el ingreso de la policía en esa situación, por tratarse de drogas.
 - ✓ El peso neto de 4, 996 Kg de clorhidrato de cocaína de alta pureza, cuya distribución no infiere el destino para el consumo directo, sino para fines de distribución en el mercado nacional o internacional, dado además, la manera como fue acondicionada en cinco paquetes en forma de ladrillos.

↓ FUNDAMENTO DE LOS AGRAVIOS

3. Fundamenta su recurso de nulidad de folios mil cuarenta y siete a mil cincuenta y uno, en los siguientes términos:



- a) La intervención policial ha sido irregular, allanando su domicilio después de golpearlo e intimidarlo.
- b) Ha sostenido de manera clara que el maletín fue entregado por Renzo Olaguibel Carreño, indicándole que lo recogería en tres días, que conoce a esta persona por ser hermano de su amigo Iván Olaguibel Carreño y porque también es el hijo del arrendador del cuarto que ocupa, siendo esas las razones para haber aceptado guardar el maletín.
- c) En su habitación no se le halló ninguna especie u objeto que pudiera conllevar a presumir que se dedica al tráfico de drogas, salvo la maleta de droga incautada.
- d) No se ha determinado que el maletín que contenía drogas era del impugnante, ni que el sentenciado tuviera conocimiento de su contenido, y que estaba coludido con otras personas para su comercialización.

↓ **CALIFICACIÓN DEL DELITO RECALIFICADO MATERIA DE CONDENA**

- 4. El delito de tráfico ilícito de drogas – posesión y almacenamiento de clorhidrato de cocaína con fines de comercialización, se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo 296º del Código Penal, que prescribe: "*El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa*".

↓ **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL**

- 5. El punto de partida para analizar la sentencia de mérito, es el principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; en cuya virtud, se reduce el ámbito de la resolución, únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.



6. Así, los agravios del recurrente, tiene una pretensión definida: *revocatoria*. El reclamo incide en su no responsabilidad penal. Para tal efecto, cuestiona en rigor: **a)** La ilegalidad en la intervención policial de su domicilio, **b)** La pertenencia de la mochila que contenía drogas. En este sentido, la exposición del juicio probatorio tendrá como eje fundamental, los temas antes anotados.

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

7. Se advierte a folios dos y tres el Parte N° 074-13-DIRINCRI/PNP/JAIC-C-DIVINCRI MI - SI - LI, detallando que el día dos de mayo de dos mil trece se tomó conocimiento que un sujeto conocido como "Renzo" le había dado para guardar sustancias tóxicas (drogas), a la persona de Paulo César Luna Arazamendi, motivo por el cual se procedió a realizar diligencias indagatorias; de esta información, se infiere que antes de la intervención del recurrente, la policía ya contaba con el dato objetivo sobre el apelativo "Renzo" como la persona que le entregó la droga al sentenciado.

8. Se verifica del acta de registro de habitación y comiso de droga de folios veintinueve que se halló en el departamento del recurrente, debajo de su cama, un maletín color azul que contenía cinco paquetes (*tipo ladrillo*) cuyo interior era de clorhidrato de cocaína, el peso neto responde a una pureza de 4.996 Kg conforme al dictamen pericial de química de droga N° 4238/13 a folios doscientos cincuenta y nueve.

9. En este escenario, uno de los principales cuestionamientos a la sentencia impugnada, es la manera de proceder por parte del personal policial y es que se afirma, que la actuación fue arbitraria, con signos de violencia; sin embargo, este agravio decae ante lo detallado en el acta de registro de habitación y comiso de drogas: "*en presencia de quien lo habita y con su*



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 1165-2015
LIMA

*autorización se procedió a realizar la presente diligencia policial", acta que el acusado firmó en señal de conformidad de lo que allí se transcribió; asimismo, al recibirse la manifestación del acusado en la dependencia policial en presencia del fiscal y de su abogado defensor de elección, al responder la pregunta tres, señaló: "luego me indican los efectivos policiales que es lo que tenía en mi cuarto, yo les contesté que no tengo nada, fue así que me indicaron para que con mi persona subiéramos a mi habitación, para lo cual acepté", narrando la forma y circunstancias en que incautaron la droga. Por último, los efectivos policiales Jorge Luis Ascorbe Pino, Antonio Martín Beraun García y Frank Luis Albert Vilchez Prado, en sus declaraciones de folios ciento seis, ciento ocho y ciento diez respectivamente, han coincidido en señalar que ingresaron a la habitación con la autorización y expreso consentimiento del ahora sentenciado; en ese sentido, no se constata ningún signo de arbitrariedad, por ello, en vista al consentimiento del acusado para el ingreso a su vivienda, conforme lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03386-2011-PHC/TC- caso Carlos Guillermo Mendoza Martino, fundamento 6: "respecto al derecho a la inviolabilidad de domicilio, este Tribunal ha sostenido que(...) los terceros, sean particulares o agentes públicos, en principio, están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita una persona, salvo que **medie el consentimiento de ésta(...)**"; no se ha vulnerado derecho alguno, mucho menos el condenado reveló en la diligencia de manifestación policial haber sido presionado o sometido a violencia física pese a que estaba con su defensa privada y en presencia del representante del Ministerio Público, lo que sí señaló en su declaración instructiva y plenario, pero dicho cambio de versión no es de recibo en la medida que en su manifestación -como se indicó- contó con la presencia de su abogado defensor, constituyendo esta nueva versión una estrategia defensiva vanamente invocada.*



10. Por otro lado, también reclama el recurrente, que no le pertenecía ni tenía conocimiento del contenido de la droga incautada en el maletín, así como que se dedique al comercio de drogas; sin embargo, no puede dejar de valorarse que la intervención del sentenciado fue en virtud de un operativo, donde ya se tenía la información sobre la persona que entregaría el maletín ("Renzo") y la persona que lo recibiría, que es el condenado; asimismo, aún cuando el impugnante alegue que no conocía del contenido del maletín azul, las reglas de la experiencia común¹ que forma parte del sistema de la sana crítica o persuasión racional, dicta que la conducta normal de un ciudadano de cara a su autoprotección, es primero, preguntar al conocido como "Renzo", Renzo Wilfredo Rolando Olaguibel Carreño el motivo del encargo que le hacía del maletín, luego haber identificado por el mismo qué contenía, y por qué el maletín tenía cierto peso (4, 9666 Kilogramos de Drogas);

11. Es así, que por la forma y circunstancias cómo se hizo entrega de la droga al condenado, es decir, por una persona que él no conocía, a las veinte horas y media de la noche, entre las esquinas de la Calle General Córdova y José Leal en Lince, son indicadores que persuaden a este Supremo Tribunal que el impugnante conocía del contenido de la sustancia alucinógena en el referido maletín, no siendo aceptable que el recurrente afirme que lo recibió porque estuvo amenazado por Renzo Olaguibel Carreño con echarlo de la casa o habitación donde estaba viviendo. Si bien no se ha logrado acreditar que el encausado forme parte de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, empero, se logró acreditar que la droga hallada en el interior de

¹ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando....Op. Cit. 81-82 "sino regios para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto, que se les explique, ni que se dictamine si tiene aplicación al caso concreto) o indirectamente a través de las explicaciones que le den los expertos o peritos que conceptúan sobre los hechos del proceso (cuando se requieren conocimientos especiales)....Es decir, esas regios o máximas, le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, cuando advierte que hay contradicción con ellos, ya porque los conozco y sean comunes, o porque se los suministre el perito técnico".



su habitación de cuatro por cuatro metros cuadrados estaba destinada a su promoción por parte del sentenciado. Siendo así, los agravios deben ser desestimados.

DE LA DESVINCULACIÓN

12. Punto aparte, es de señalar que si bien ha quedado acreditada la responsabilidad penal del sentenciado, y fue legítima la desvinculación realizada por el colegiado superior en mayoría del tipo penal materia de acusación fiscal y juzgamiento; no obstante, debió recalificarse adecuando los hechos al primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal y no en el segundo párrafo.

13. El fundamento radica, en que el condenado no fue intervenido en posesión del maletín que contenía drogas transportándolo de un lugar a otro, sino que la misma estaba en su departamento debajo de su cama donde él vive, como así lo ha reconocido el impugnante. En este sentido, es de señalar que el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal queda consumado cuando se llevan a cabo comportamientos como el de Promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sean estos mediante actos de fabricación o tráfico, donde no se requiere que la droga elaborada sea adquirida por los consumidores o que la sustancia prohibida sea puesta en el mercado, pues el destino de la droga es una finalidad ulterior del agente, que no tiene que agotarse para objeto de la realización típica. Se diría entonces, que la mera tenencia resulta siendo penalizada, pero si la posesión toma lugar con fines de tráfico, la conducta ha de ajustarse en la modalidad siguiente –segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal–, toda vez que en caso de ésta última, para su consumación se requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión debe estar orientada a un acto posterior de tráfico ilegal.



constatándose que la droga va a ser objeto de circulación, de comercialización, venta etc., que ya cuenta con un destino predeterminado.²

14. Estando ya lo precedente, al condenado no se le intervino en poder o posesión de droga alguna que haya estado circulando a un destino final predeterminado, sino que el maletín que contenía drogas fue incautada en su departamento, debajo de su cama, por lo que la conducta del sentenciado no puede adecuarse al segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, más sí al primer párrafo del mismo artículo y compendio legal, toda vez que para este supuesto solo basta la simple tenencia de la droga, que es el producto final y que para ello se cumplan las modalidades típicas descritas, para el caso se está ante una promoción, como ya se señaló anteriormente. Así, el juicio de desvinculación es constitucionalmente aceptable, siempre y cuando: a) *El delito materia de condena pertenezca a la misma familia delictiva (tipo penal homogéneo);* y b) *La distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de la defensa del imputado, esto es, que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad o que, en todo caso, no se trate de un fallo sorpresivo.*

15. Siendo así, este Supremo Tribunal reconduce el delito materia de condena -segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal-, al primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal³, toda vez que es la calificación correcta al caso, siendo la modalidad delictiva, el

² Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV. Editorial Idemsa Lima-Perú. Pág. 77, 78 y 79.

³ El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).



de promoción al tráfico ilícito de drogas⁴; además, es evidente que la nueva calificación al delito, forma parte de la misma familia delictiva; y la tesis de defensa estuvo dirigido a la figura agravada del delito, y como tal, se entiende que también contempló las modalidades previstas en el tipo base del delito que fue materia de juzgamiento -artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal-. Siendo así, la recalificación es jurídicamente adecuada al supuesto de hecho del tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal.

DE LA PENA IMPUESTA AL SENTENCIADO

16. Si bien mediante el recurso de nulidad no ha sido cuestionado la pena impuesta en sentencia, este Supremo Tribunal al amparo del numeral segundo del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales⁵ y al principio de favorabilidad, puede emitir pronunciamiento sobre la pena en tanto le sea favorable para el sentenciado, como ocurre en el presente caso. Así, se advierte que la nueva calificación, prevista en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal, tiene como márgenes punitivos una pena que fluctúa entre ocho y quince años de pena privativa de libertad. En ese sentido, si bien la droga que se incautó es cuatro kilos novecientos noventa y seis gramos de clorhidrato de cocaína, no puede soslayarse las circunstancias previstas en los artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis, del Código Penal, toda vez que el sentenciado no registra antecedentes penales conforme a su certificado de folios sesenta y siete, esto es, tiene la condición de primario, lo que abona a su favor; y teniendo

⁴ Alonso Roúl Peña Cobrera Freyre; Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos – Perspectivas dogmáticas y Política criminales: "...Promover, equivaldría a hacer que se inicie o principie la acción que va a dar lugar a la comisión del delito...Promueve todo aquel que de una u otra forma contribuye de forma decidida al consumo ilegal de drogas a su circulación en el mercado, se trata de aquellas conductas que proporcionan una contribución esencial para que la droga ilegal pueda ser repartida en el mercado de consumidores a su vez, para poder ser distribuida para su posterior comercialización...". Editorial Rodas Lima – Perú; 2º Edición Marzo 2013; pág. 103– 104.

⁵ Las penas o las medidas de seguridad impuestos o los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable.



presente las otras circunstancias evaluadas por el tribunal superior y los fines preventivos y socializadores de la pena, el principio de proporcionalidad -prohibición de exceso como de defecto-, el *quántum* punitivo que imponga este Supremo Tribunal, debe ser leal a tales condiciones.

DE LA REMISIÓN DE COPIAS SOLICITADAS POR EL FISCAL

17. Por otro lado, se verifica del dictamen emitido por el señor Fiscal Supremo, que en la parte *in fine* del mismo, solicita la remisión de copias de los Actuados con el fin que se investigue a Renzo Wilfredo Rolando Olaguibel Carreño; sin embargo, aquel pedido fue rechazado por el Colegiado Superior en mayoría, sin que el señor Fiscal Superior lo haya cuestionado, por lo que este Supremo Tribunal no se encuentra habilitado para emitir pronunciamiento al respecto.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, **declararon: I.- NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fecha dieciocho de diciembre de dos mil catorce de fojas mil diecisiete a mil diecinueve vuelta, que condenó al acusado Paulo César Luna Arazamendi como autor del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas. **II.- HABER NULIDAD** en la propia sentencia que calificó la conducta del sentenciado, en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal, y **reformándola**, reconduciendo al tipo penal correcto, condenaron al acusado Paulo César Luna Arazamendi por el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal. **III.- HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que impone a Paulo César Luna Arazamendi, doce años de pena privativa de libertad, y **reformándola**, le impusieron ocho años de pena privativa de libertad, la misma que computada desde el dos de mayo de dos mil trece -conforme a la papeleta de notificación de fojas once-,



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 1165-2015
LIMA

vencerá el uno de mayo del año dos mil veintiuno. IV.- **NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.-

Ss.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

IEPH/rvz

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. Cynthia Bazán Cachata

Secretaría (e)

Segunda Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

10 ABR 2017