

FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO SOBRE EXPEDIENTE N° 01418-
2014-o-0501-JR-PE-O5**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA – PERÚ
2024**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente N° 01418-2014-0-0501-JR-PE-O5

Materia : Tráfico Ilícito de Drogas

Entidad : Poder Judicial

Bachiller : José Royser Huanca Diaz

Código : 2004138600

LIMA – PERÚ

2024

La mañana del 10 de julio de 2014, el destino de un servidor del INPE de Ayacucho dio un giro de 180°. Cuando se disponía a ingresar a laborar al penal, un agente de inteligencia y el jefe de seguridad le hallaron dos envoltorios de marihuana acondicionados en sus zapatos. Desde ese momento el penal donde trabajaba se convirtió en lugar donde debía pasar los próximos 10 años de su vida.

Al encontrarse en flagrancia delictiva, los agentes penitenciarios solicitaron la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público. Las pruebas preliminares arrojaron como resultado 122 grs. de *Cannabis Sativa*. Le correspondía ser procesado en la vía ordinaria por formas agravadas de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (Arts. 296° y 297° del Código Penal). El fiscal provincial formalizó denuncia, pidió prisión preventiva; el juez instructor dictó el auto apertorio de instrucción, prisión preventiva y, después de investigar, remitió el caso a la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

La Sala, con el dictamen acusatorio fiscal superior, declaró haber mérito para pasar a juicio oral. Expuesta la acusación escrita por el fiscal, se produjo la conclusión anticipada del proceso porque el procesado aceptó ser responsable del delito. La sentencia fue de 12 años de privación de libertad, 155 días multa, inhabilitación por 3 años y s/. 2500.00 soles de reparación civil. El procesado no estuvo conforme con los términos de la sentencia, interpuso recurso de nulidad. La Corte Suprema resolvió declarar que hay nulidad en la sentencia, en el extremo de la pena de 12 años impuesta y, reformándola, la rebajó a 10 años de privación de libertad.

Al analizar este caso es inevitable hacer comparaciones entre el sistema procesal mixto y el sistema procesal acusatorio con rasgos adversariales, pues los hechos tuvieron lugar en una época de transición del primero al segundo. El Código de Procedimientos Penales terminó como un engendro del Dr. Frankenstein, pues a este proceso ordinario le fueron aplicables algunas disposiciones del Código Procesal de 1991, normas especiales dispersas e incluso artículos del Código Procesal Penal del 2004.

En casos como el analizado, se observa que en la etapa de investigación preliminar del antiguo sistema otorgaba un amplio margen discrecional para los órganos de justicia, especialmente a la Policía Nacional, lo cual daba pie a errores y arbitrariedades; la etapa de instrucción era escrita y extensa, el juez penal acumulaba funciones y se dudaba de su imparcialidad; y al dictarse las sentencias, so pretexto del principio de proporcionalidad y del Art. 45° del Código Penal se incrementaba o disminuía la pena rebasando los márgenes aceptables.

NOMBRE DEL TRABAJO

HUANCA DIAZ.docx

RECUENTO DE PALABRAS

15412 Words

RECUENTO DE PÁGINAS

32 Pages

FECHA DE ENTREGA

May 27, 2024 5:32 PM GMT-5

RECUENTO DE CARACTERES

80808 Characters

TAMAÑO DEL ARCHIVO

116.1KB

FECHA DEL INFORME

May 27, 2024 5:33 PM GMT-5**● 13% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 10% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 10% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Mg. Augusto Renzo Espinoza Bonifaz
Responsable Turnitin
Pregrado - FADE

GRP/
REB

ÍNDICE

RESUMEN	3
I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO	3
1. HECHOS QUE MOTIVARON EL INICIO DEL PROCESO	3
2. ETAPA PRELIMINAR.....	3
2.1. <i>Elementos de Convicción Recabados en la Investigación Preliminar</i>	3
2.2. <i>El Atestado Policial</i>	5
2.3. <i>Denuncia Fiscal</i>	5
3. ETAPA DE INSTRUCCIÓN.....	6
3.1. <i>Auto Apertorio de Instrucción</i>	6
3.2. <i>Auto de Prisión Preventiva</i>	7
3.3. <i>Actos de Investigación en la Etapa de Instrucción</i>	7
3.4. <i>Dictamen del Fiscal Provincial e Informe del Juez Penal</i>	7
4. ETAPA DE JUICIO ORAL	8
4.1. <i>Dictamen Acusatorio del Fiscal Superior</i>	8
4.2. <i>Auto de Enjuiciamiento</i>	8
4.3. <i>Sentencia Conformada</i>	8
5. IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN.....	9
5.1. <i>El Recurso de Nulidad</i>	9
5.2. <i>Dictamen de Fiscal Supremo</i>	9
5.3. <i>Ejecutoria Suprema</i>	10
II. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	10
2.1. OMISIÓN DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA	10
2.1.1. <i>Se Procedió como en una Detención Policial en Flagrancia, pero fue un Arresto Ciudadano</i>	10
2.1.2. <i>Falta de Regulación de la Investigación Preliminar en el Código de Procedimientos Penales otorgó Amplio Margen Discrecional de la Policía Nacional y Ministerio Público para Afectar Derechos del Justiciables</i>	11
2.2. ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	13

2.2.1. <i>Arbitrariedad en la Determinación de la Pena por Inaplicación del Sistema de Tercios</i>	
13	
2.2.2. <i>Contradicción entre el Principio de Lesividad Penal y el derecho a la Libertad Individual en la Modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas Imputado</i>	13
2.3. ¿AL MENCIONAR QUE EL PROPÓSITO SE FRUSTRÓ, LAS SENTENCIAS SE REFIEREN A UNA TENTATIVA EN UN DELITO DE PELIGRO CONCRETO?, ¿SE CONFIGURÓ O NO LA AGRAVANTE DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 297°?	13
III. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	14
3.1. SOBRE LA OMISIÓN DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.....	14
3.1.1. <i>Se Procedió como en una Detención Policial en Flagrancia, pero fue un Arresto Ciudadano</i>	14
3.1.2. <i>Sobre la Falta de Regulación de la Investigación Preliminar en el Código de Procedimientos Penales otorgó amplio margen Discrecional de la Policía Nacional y Ministerio Público para Afectar Derechos de los Justiciables</i>	16
3.2. ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	19
3.2.1. <i>Arbitrariedad en la Determinación de la Pena por Inaplicación del Sistema de Tercios</i>	19
3.2.2. <i>Contradicción entre el Principio de Lesividad Penal y el Derecho a la Libertad Individual en la Modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas Imputado</i>	21
3.3. ¿AL MENCIONAR QUE EL PROPÓSITO SE FRUSTRÓ, LAS SENTENCIAS SE REFIEREN A UNA TENTATIVA EN UN DELITO DE PELIGRO CONCRETO?, ¿SE CONFIGURÓ O NO LA AGRAVANTE DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 297°?	23
IV. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS ..	24
1. PRIMERA INSTANCIA – DECISIÓN DE LA SALA PENAL	24
2. SEGUNDA INSTANCIA – DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA	25
V. CONCLUSIONES	27
VI. BIBLIOGRAFÍA	28
VII. JURISPRUDENCIA Y NORMAS LEGALES	29
VIII. ANEXOS	30

I. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO

1. HECHOS QUE MOTIVARON EL INICIO DEL PROCESO

Según la versión oficial, el 10 de julio de 2014, aproximadamente, a las 07:45 am, un agente de inteligencia y el Jefe de Pabellones del Establecimiento Penitenciario de Ayacucho, en una revisión para el ingreso del personal a laborar, descubrieron que un servidor penitenciario, de iniciales E.R.Q. (32) **-en adelante procesado-** pretendía ingresar al penal dos envoltorios plásticos acondicionados en sus zapatos conteniendo **-aparentemente-** una sustancia ilícita.

Los trabajadores del INPE solicitaron la intervención de un policía para inmovilizar la sustancia, a la vez que dieron parte al Ministerio Público, cuyo fiscal de turno (Segunda Fiscalía Provincial Penal de Ayacucho) se apersonó al lugar y, a su vez, solicitó el apoyo de la DEPENDRO para realizar los actos de investigación por presunto tráfico ilícito de drogas.

Las pruebas preliminares sobre la sustancia arrojaron como resultado 122 grs. de *Cannabis Sativa* - Marihuana. Como la cantidad de droga sobrepasaba los límites para calificar el hecho como microcomercialización (100 grs.), asumió competencia la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas de Ayacucho, la cual **-mediante Acta Fiscal-** ordenó abrir diligencias preliminares por 10 días ante la comisión del delito de Tráfico ilícito de drogas, previsto en el Art. 296°, primer párrafo, concordante con el Art. 297°, Inc. 4, del Código Penal (modalidad de Favorecimiento al tráfico ilícito de drogas mediante actos de tráfico, en forma agravada por el lugar de comisión).

2. ETAPA PRELIMINAR

Con la finalidad de explicar mi posición respecto a los problemas jurídicos suscitados, así como respecto a las actuaciones y decisiones de las autoridades del sector justicia intervinientes, he ordenado los elementos de convicción en orden cronológico **-según la hora consignada en cada acta-** y no como estuvieron enumerados en el atestado policial.

2.1. Elementos de Convicción Recabados en la Investigación Preliminar

1. A fs. 40 del Exp. obra el Informe N° 002-2014-INPE/20.442-BVJL-G-01, de fecha 10 de julio de 2014, mediante el cual el **Supervisor de Pabellones**, señala que desde las 07:00 am estuvo revisando el ingreso del personal de servicio, en esas circunstancias descubrió que uno de los trabajadores pretendía ingresar al penal dos envoltorios plásticos acondicionados en sus zapatos conteniendo **-aparentemente-** una sustancia ilícita. Hecho que comunicó a un policía y al Jefe de Seguridad Interna.

Comentario: Vale aclarar que quien suscribe esta acta no precisa la hora exacta de la intervención.

2. A fs. 42 del Exp. obra el Acta de Decomiso de Sustancias y/o Artículos Prohibidos, de fecha 10 de julio de 2014, en la cual se deja constancia que **-a las 07:45 am-** el Supervisor de pabellones, en presencia del **Alcaide**, intervino y halló dos envoltorios con presuntas sustancias prohibidas al procesado.

Comentario: En esta acta no participó un efectivo policial, a pesar de que en otra acta (de Inmovilización de supuesta sustancia prohibida), suscrita a la misma hora (07:45 am) sí participó una suboficial.

3. A fs. 39 del Exp. obra el Oficio N° 035-2014-INPE/20-442-JSI-CQP-G-01, de fecha 10 de julio de 2014, mediante el cual el **Alcaide** del Establecimiento Penal de Ayacucho pone a disposición de la DEPANDRO al intervenido y la sustancia prohibida, señalando que fue intervenido a las **07:45 am**.
4. A fs. 41 del Exp. obra el Acta de Inmovilización de Supuesta Sustancia Prohibida, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual se deja constancia que, a las **07:45 am**, se descubrió que el procesado en posesión de una sustancia prohibida, por lo cual se dispone la inmovilidad de dicha sustancia hasta la llegada del fiscal.
Comentario: Se advierte que esta **acta está suscrita por una suboficial de la Policía Nacional**, pero no se consigna en el encabezado los nombres de los intervinientes, sus cargos y qué función de desempeñaron en la diligencia. Esta suboficial no fue citada a declarar, a pesar de que ella intervino al procesado.
5. A fs. 37 del Exp. obra el Parte N° S/N-2014-DIRTEPOL-DIVICAJ-DEPANDRO-AYACUCHO, de fecha 10 de julio de 2014, mediante el cual el Departamento Antidrogas (en adelante DEPANDRO) deja constancia que -a las **08:20 am**- la Segunda Fiscalía Penal de Huamanga solicitó su intervención para realizar actos de investigación; y siendo las 09:20 am recibieron la sustancia incautada, realizaron los análisis preliminares y la lacraron; luego registraron al intervenido y quedó bajo su custodia.
6. A fs. 45 del Exp. obra el Acta de Entrega de Sustancia Prohibida, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual -a las **09:20 am**- el Alcaide entrega a la DEPANDRO la sustancia incautada; acto en el que participa también el fiscal de la fiscalía provincial penal.
7. A fs. 46 del Exp. obra el Acta de Constatación, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual se deja constancia que -a las **09:25 am**- el **fiscal** provincial penal de turno constató la inmovilización de la sustancia incautada, y que la OFICRI realizó pruebas de campo que arrojaron positivo para *Cannabis Sativa* – marihuana, con un peso bruto de **122 grs.**, razón por la cual -al exceder los 100 grs. y ya no configurar Microcomercialización, sino Tráfico ilícito de drogas- comunicó el hecho a la Fiscalía Antidrogas para que asuma competencia.
Comentario: Esta acta tiene valor probatorio porque recoge los resultados preliminares de las pruebas sobre la droga.
8. A fs. 48 del Exp. obra el Acta de lacrado provisional, mediante la cual -a las **10:00 am**- el fiscal y personal policial dejan constancia que aseguraron con cinta adhesiva la sustancia incautada.
Comentario: No hay formatos de cadenada de custodia.
9. A fs. 49 del Exp. obra el Acta de Registro Personal, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual un efectivo policial deja constancia -entre otras- que, siendo las **10:20 am**, hizo el registro personal al procesado y que fue personal del INPE el que encontró acondicionada la droga en sus zapatos.
10. A fs. 29 del Exp. obra la Notificación de Detención, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual se deja constancia que, siendo las **11:00 am**, se le informó al intervenido que pasaría a condición de detenido con cargos de tráfico ilícito de drogas.

11. A fs. 48 del Exp. obra el Acta de Información de Derechos de Detenido, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual -a las **13:20 pm**- personal policial le dio a conocer sus derechos básicos al procesado.

Comentario: Se le informó de sus derechos después de realizadas las principales diligencias y después de que el fiscal especializado se apersonó y elaboró, a las **13:00 pm**, un acta abriendo investigación preliminar por 10 días, por la presunta comisión de Tráfico ilícito de drogas.

12. A fs. 30 del Exp. obra la Manifestación del procesado en sede policial, de fecha 14 de julio de 2014, mediante la cual -con asistencia de su abogado- acepta su responsabilidad por haber intentado ingresar marihuana acondicionada en sus zapatos al penal. Asimismo, refirió que comercializaba la droga porque tenía muchas deudas, y que la adquirió a una mujer de apelativo “**Guayrura**”, en cantidad de **80 grs.**, por lo cual, la cantidad excedente le habrían sembrado los agentes del INPE.

2.2. El Atestado Policial

El Fiscal especializado, a través de un acta, inició la investigación preliminar por **10 días** y delegó la realización de actos de investigación a la Policía Nacional. El Código de Procedimientos Penales no regulaba la etapa de investigación preliminar, no obstante facultaba a la Policía a emitir atestados. La actuación de la Policía se rigió por la Ley 27934, el Decreto Legislativo 1148 – Ley de la Policía Nacional del Perú, y algunos dispositivos del Código Procesal Penal del 2004 (en adelante Código Procesal Penal).

Transcurridos **11 días** desde la detención, la DEPENDRO emitió el Atestado N° 014-2014-DIRTEPOL-DIVICAJ-DEAPANDRO-AYACUCHO (a Fs. 11 del Ecp.), de fecha 21 de julio de 2014, conteniendo los elementos de convicción recabados. El atestado, además, determina que existe delito y que existe responsabilidad penal: *“El detenido E.R.Q. (32) y la fémina no habida, en proceso de identificación, conocida como “Guayrura” resultan ser presuntos autores del delito contra la Salud Pública – Tráfico ilícito de drogas (Acopio, acondicionamiento, transporte y posesión de Cannabis Sativa -marihuana- con fines de comercialización en el interior de un establecimiento penal). Hecho ocurrido el Establecimiento Penal de Ayacucho (lugar de revisión corporal)”*. (Las modificaciones son nuestras).

2.3. Denuncia Fiscal

El 23 de julio de 2014, la Fiscalía Provincial Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas promovió la acción penal contra el procesado (ver Denuncia Fiscal a Fs. 83), por la presunta comisión del delito de Tráfico ilícito de drogas, previsto en el Art. 296°, primer párrafo, concordante con el Art. 297°, Inc. 4, del Código Penal. Este documento se sustentó en el Atestado Policial, en el Acta de Constatación elaborada por el fiscal provincial penal de turno y en la propia declaración del procesado en sede policial.

En la quinta página, primer párrafo, de la denuncia se hace referencia a los presupuestos de la flagrancia y que el procesado habría incurrido en la modalidad de “**transporte de droga**”, lo cual se ratifica en el primer párrafo de la página 10. Posteriormente, se hace referencia al “**Acta de registro personal**” para demostrar que se halló la droga acondicionada en ambos zapatos, y al “**Acta de entrega de sustancia prohibida**” refiriendo que la presencia del fiscal garantiza la autenticidad del contenido; a *contrario sensu*, **no se merituaron** o valoraron las actas levantadas por el personal del INPE que hizo el arresto, ni por la mujer policía que suscribió el

“Acta de inmovilización de supuesta sustancia prohibida” (que legitimaría el arresto del procesado).

Aunado a ello, a Fs. 12, entre las diligencias que solicita el fiscal practicar, se encuentra el número 15, en la que se señala: *“Se identifique (al personal del INPE -agente de inteligencia-), y en su oportunidad se reciba su manifestación, el mismo que deberá indicar sobre la forma y circunstancias de intervención y las razones del porqué alejó las especies intrínsecamente delictivas del denunciado, así como señale por qué no esperó al Representante del Ministerio Público para el desarrollo de las diligencias urgentes”*. Cabe precisar que este agente del INPE fue mencionado por el procesado en la respuesta 23 de su declaración indagatoria.

Finalmente, **el Fiscal solicita** al Juez penal que decida la situación jurídica del detenido, mencionándole -sin fundamentar- **la prisión preventiva** (antes llamada mandato de detención) e imponer embargo sobre sus bienes -sin fundamentar-.

3. ETAPA DE INSTRUCCIÓN

3.1. Auto Apertorio de Instrucción

En mérito a la denuncia formalizada por la Fiscalía Especializada, el Juez Penal expidió el Auto Apertorio de Instrucción (Fs. 98), de fecha 23 de julio de 2024 (aún bajo las modificaciones del Art. 77° del Código de Procedimientos Penales, introducidos por la Ley N° 28117); argumentando que se han cumplido los requisitos de procedibilidad: 1. Existencia de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, 2. Individualización del autor o partícipe, 3. La acción penal no ha prescrito, ni concurren otras causas de extinción de la acción penal.

En los fundamentos fácticos del auto se hace énfasis en que la intervención del procesado inició a las **08:30 am** con la llamada del fiscal a la policía especializada, para lo cual toma en cuenta el **“Acta de constatación”** (elaborada por el Fiscal de turno). Asimismo, entre los fundamentos fácticos se incluye la versión de descargo del procesado.

Respecto a la imputación, en el acápite “Elementos de juicio reveladores de la existencia del delito” se precisa que la modalidad en la que incurrió el procesado es el **favorecimiento al tráfico ilícito de drogas** mediante **actos de tráfico** inherente a la **distribución y transporte** (desplazar la sustancia de un lugar a otro); y, en el “Análisis fáctico-jurídico” y en la parte resolutive señala que la marihuana es una droga **estupefaciente**.

En un proceso ordinario con el auto apertorio de instrucción se da inicio al proceso penal, se disponen las medidas de coerción personal y real. Respecto a la prisión preventiva, el auto hace referencia al adelanto de la vigencia del Art. 268° del Código Procesal Penal, en mérito a la Ley N° 30076; por ende, no será de imposición -inaudita parte- el denominado **“mandato de detención”** previsto en el Art. 135° del **Código Procesal Penal de 1991**, sino que se hará en audiencia. En cambio, el embargo sobre los bienes del procesado se hizo conforme a los lineamientos del Código de Procedimientos Penales.

Finalmente, sobre los actos de investigación a realizar, se repite -sin mayor fundamentación- la toma de declaración del procesado, así como se identifique al agente de inteligencia que arrestó al procesado y a la presunta proveedora de droga, conocida con el apelativo de “Guayrura”.

3.2. Auto de Prisión Preventiva

En el auto de prisión preventiva, de fecha 25 de julio de 2014 (Fs. 119 del Exp.), se analizaron los 3 presupuestos procesales de dicha medida, conforme al Art. 268° del Código Procesal Penal. Sin embargo, no se analizó el plazo (de 18 meses) solicitado por el Ministerio Público, pues la Ley N° 30076 que había adelantado la vigencia de la prisión preventiva a nivel nacional, omitió el adelanto del Art. 272° que regulaba el plazo de 9 meses para casos comunes y 18 meses para casos complejos (luego modificado para incorporar 36 meses en casos de crimen organizado); consecuentemente, le impuso -sin mayores reparos- los 18 meses solicitados por el fiscal, conforme a los plazos del denominado “mandato de detención” previstos en el Art. 137° del Código Procesal Penal de 1991.

3.3. Actos de Investigación en la Etapa de Instrucción

1. A fs. 149 obra el **Acta de Declaración instructiva del procesado**, de fecha 20 de agosto de 2014, en la cual refiere que tiene enemistad con un agente del INPE y que solo tenía en su poder 80 grs. de marihuana.
2. A fs. 156 obra el **Acta de Declaración testimonial del agente del INPE que intervino al procesado**, de fecha 14 de agosto de 2014, mediante la cual refiere que -junto a un agente de inteligencia del INPE- revisó al procesado, aproximadamente, a las 7:45 am, y se le halló la sustancia prohibida acondicionada en sus zapatos; ante lo cual solicitó la participación de un efectivo policial para que proceda a la inmovilización y custodia. Posteriormente, llegaron al lugar el fiscal de turno y efectivos antidrogas.
3. A fs. 181 obra el **Acta de Declaración testimonial del agente de inteligencia del INPE que intervino al procesado**, de fecha 14 de agosto de 2014, en la cual refiere que -circunstancialmente- se enteró que personal del INPE estaba introduciendo droga al penal de Ayacucho, por cual se procedió a revisar a los servidores penitenciarios y así descubrieron que el procesado pretendía ingresar marihuana acondicionada en sus zapatos. También refiere que llamó a un efectivo policial y dio parte al Ministerio Público.

3.4. Dictamen del Fiscal Provincial e Informe del Juez Penal

El 25 de noviembre de 2014 (transcurridos exactamente los 4 meses), el Juzgado Penal o Juez Instructor remitió el expediente para vista fiscal. Es así que, mediante **Dictamen Fiscal**, de fecha 19 de enero de 2015, se solicitó ampliar el plazo de instrucción por sesenta días; entre otros motivos, para recabar el resultado de la pericia química de la sustancia comisada y para practicarle un examen **psicológico** al procesado. En atención a la solicitud fiscal, mediante Resolución N° 15, de fecha 23 de enero de 2015, se resolvió ampliar la instrucción por 60 días.

En la ampliación de la instrucción se recabó el **Dictamen Pericial de Química (Droga) 12931/2014** (Fs. 372 del Exp.), de fecha 22 de diciembre de 2014, se concluyó que: “*La muestra analizada corresponde a Cannabis Sativa (Marihuana) (...) con un peso bruto de 0,211 kg, peso neto de 0,117 kg*”. Como se puede notar, existe una incoherencia en las cifras porque al procesado se le estaba atribuyendo traficar **122 grs. o 0,122 kg**.

Acto seguido, mediante Resolución N° 20, de fecha 27 de marzo de 2015, se remitieron los actuados, nuevamente, para vista fiscal, conforme al Art. 198 del Código de Procedimientos

Penales. Así, con **Dictamen Final** N° 14 (Fs. 397 del Exp.), que solo enumera las diligencias practicadas y advierte que no se identificó a la presunta proveedora de droga del procesado, ni se le practicó examen psicológico (sin precisar la pertinencia, conducencia y utilidad).

Emitido el dictamen Fiscal provincial, el Juez penal emitió su **Informe Final** (Fs. 408) dirigido a la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, con fecha 30 de abril de 2015. Asimismo, mediante decreto, puso los autos a disposición de las partes por tres días y dio fin al carácter reservado de la investigación.

4. ETAPA DE JUICIO ORAL

4.1. Dictamen Acusatorio del Fiscal Superior

Se remitió el expediente a la Sala Penal y de allí, a su vez, se remite para vista fiscal. Al ser un caso con reo en cárcel, el Fiscal Superior (excediéndose del plazo de 8 días), optó por formular **Acusación** (A fs. 454 del Exp.), con fecha 22 de julio del 2015 (aproximadamente, un año después de su detención en flagrancia), sosteniendo que hay mérito para pasar a juicio oral.

La acusación fue congruente a la imputación formulada en el Auto apertorio de instrucción; se narraron los hechos, se analizó la imputación y se **solicitó la imposición de una pena de 15 años** de privación de libertad -aunque sin hacer el análisis o cálculo de la pena a través del sistema de tercios (ya aplicable en virtud de la Ley N° 30076)-, así como 180 días multa e inhabilitación, conforme al Art. 36°, Incs. 1, 2, 4, 5 y 8 del Código Penal. Además, se solicitó pagar al Estado s/. 2500.00 soles de reparación civil, a pesar de que la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior se había constituido en parte civil.

Recibida la acusación, mediante Resolución N° 28, de fecha 6 de agosto de 2015, la Sala Penal Liquidadora, siguiendo lo establecido en el **Acuerdo Plenario 06-2009/CJ-116**, corrió traslado la acusación a las partes para que la absuelvan en el plazo de 3 días; así como, se **señaló fecha para una audiencia de control de acusación** (se controlaría que cumpa los requisitos previstos en el Art. 225° del Código de Procedimientos Penales).

4.2. Auto de Enjuiciamiento

A pesar de que se anunció la realización de audiencia de control de acusación, al no haber oposición por escrito, mediante **Resolución N° 29**, la Segunda Sala Penal Liquidadora de Ayacucho, *inaudita parte*, solo con el Dictamen acusatorio fiscal, declaró haber mérito para pasar a juicio oral y señaló fecha para la audiencia de juzgamiento. En este auto de procedencia de juicio oral o auto de enjuiciamiento se analizaron someramente los fundamentos fácticos, jurídicos, la determinación de la pena y la reparación civil -a Fs. 469 del Exp.-.

4.3. Sentencia Conformada

En segunda etapa del proceso penal ordinario que corresponde al juzgamiento, en su fase inicial, después de la apertura de la audiencia, y expuesta la acusación escrita por el Fiscal Superior, se produjo la **conclusión anticipada del proceso**, pues el acusado aceptó ser responsable del delito objeto de acusación e incluso de la reparación civil. En efecto, se dictó **Sentencia condenatoria** -a Fs. 519 del Exp.- conforme a lo establecido en el Art. 5° de la **Ley N° 28122** (conclusión anticipada para casos de confesión sincera de los procesados).

En el Fundamento 7.1. -haciendo suyas las alegaciones de la Acusación fiscal- se señala que, según el análisis químico, se le halló **122 gr.** de *Cannabis Sativa* al procesado (**peso bruto**), por ende, incurrió en la modalidad de “Favorecimiento al consumo de estupefacientes **mediante actos de tráfico**”, previsto en el Art. 296°, primer párrafo, del Código Penal, en concordancia con el **Art. 297°, Inc. 4**, del mismo código (**forma agravada por el lugar de comisión**), sancionado con una pena concreta que oscila entre 15 y 25 años de privación de libertad, día multa e inhabilitaciones.

A la determinación de la pena realizada en el Fundamento VIII no se le aplicó el sistema de tercios, sino los presupuestos para determinar la pena previstos en el Art. 45° del Código Penal, los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, la escasa cantidad de droga, así como haberse acogido a la conclusión anticipada, importa -a consideración de la Sala- disminuir prudencialmente la pena por debajo del mínimo legal (Fundamento IX de la Sentencia) basándose en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 sobre “Terminación anticipada”, **concluyendo** -en la parte resolutive- que **se le impondrá 12 años de pena privativa de libertad efectiva, 155 días multa** (sin determinar el monto total), **inhabilitación** por el plazo de 3 años, conforme a los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del Art. 36° del Código Penal, así como s/. 2500.00 soles de reparación civil.

5. IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN

5.1. El Recurso de Nulidad

El procesado no estuvo conforme con los términos de la sentencia, por ello, interpuso recurso de nulidad contra el fallo de la Sala Penal (Fs. 541 del Exp.), de acuerdo al Art. 292° del Código de Procedimientos Penales y lo sustentó dentro de los 10 días siguientes un nuevo abogado defensor, pues subrogó al anterior.

En el recurso de nulidad el abogado defensor invoca el Art. 300° del Código de Procedimientos Penales, **impugnó el quantum de la pena**, ya que -a su decir- la Sala no tomó en cuenta la “confesión sincera”, ni la “conclusión anticipada”, como tampoco se tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas al haberle rebajado tan solo 3 años de prisión por debajo del mínimo legal (15 años).

Se cuestiona que la sentencia habría inobservado garantías: debida motivación de las resoluciones, principio de legalidad y presunción de inocencia. Así, la Defensa alega que se hizo la tipificación basada en el peso bruto de la marihuana y no en el peso neto; se tomó como una conducta habitual (proclividad) el hecho de que haya intentado ingresar drogas al penal, siendo este un caso aislado y de desesperación por deudas agobiantes del procesado; y que aplicar 12 años por **122 grs.** de marihuana resulta desproporcionado. Asimismo, en el Fundamento Décimo señala que “el ingreso de una mínima cantidad de marihuana no se materializó porque se frustró”.

5.2. Dictamen de Fiscal Supremo

A través de la **Resolución N° 32**, de fecha 28 de setiembre de 2015, la Sala Penal concedió el recurso de nulidad al sentenciado y se derivaron los actuados a la Corte Suprema de Justicia de la República. Elevados los actuados, se remitió el caso a la **Primera Fiscalía Suprema** en lo Penal para que emita **dictamen** (Fs. 554 del Exp.), en el cual se pronunció solicitando que se declare “**no haber nulidad**” en la sentencia elevada en grado, argumentando

que, la figura de conclusión anticipada de proceso regulada por la Ley N° 28122 deja libre al colegiado de imponer la pena que corresponda conforme a los principios de legalidad, que no necesariamente debería ser por debajo del mínimo legal; y respecto a la confesión sincera, señala que esta no opera cuando alguien es intervenido en flagrancia y que está demostrada su responsabilidad con el “Acta de orientación, descarte y pesaje de droga a fs. 57”; en efecto -en opinión del Fiscal Superior-, solo debió aplicársele la disminución inferior a un sexto por la conclusión anticipada, que sería, aproximadamente, 2 años y 2 meses, por debajo del extremo mínimo que es 15 años.

5.3. Ejecutoria Suprema

La Corte Suprema señala que, de acuerdo al Art. 300° del Código de Procedimientos Penales, como el recurso de nulidad fue interpuesto por el sentenciado, solo puede pronunciarse por el asunto impugnado y confirmar o reducir la pena. En ese entendimiento, la Segunda Sala Penal Transitoria, mediante Ejecutoria suprema (sentencia firme, contra la que no cabía interponer ningún recurso y puede ejecutarse en todos sus extremos), de fecha 23 de marzo de 2017 (a Fs. 557 del Exp.), analiza solo el *quantum* de la pena.

La Corte Suprema, desde el Fundamento 5, hace mención que existen criterios para individualizar judicialmente la pena, entre los cuales, el principio de proporcionalidad y la teoría de la prevención general positiva; asimismo toma en cuenta los criterios o presupuestos establecidos en los Arts. 45° y 46° del Código Penal (pero no aplica el sistema de tercios). Respecto a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena establecidos en el **Art. 45°** (carencias sociales, cultura y costumbres, antecedentes) refiere que **no** pueden disminuir la pena por debajo del mínimo legal (15 años, en el caso concreto).

En el Fundamento 10, la Corte Suprema -basándose en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116- establece que debe disminuir hasta un séptimo la pena concreta, lo que, sumado al principio de proporcionalidad (escasa cantidad de droga, cuyo peso neto apenas pasa los límites del Art. 298° y, además, **se pretendió** ingresar al penal pero no se consiguió), disminuiría la pena de los 15 años del extremo mínimo a 10 años de privación de libertad. Respecto a la configuración sincera, se señala que esta no opera tratándose de un caso en flagrancia, pues es irrelevante para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, la Corte Suprema resolvió declarar que **hay nulidad en la Sentencia**, en el extremo de la pena de 12 años impuesta, **y reformándola le impuso 10 años** de privación de libertad.

II. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1. OMISIÓN DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

2.1.1. Se Procedió como en una Detención Policial en Flagrancia, pero fue un Arresto Ciudadano

En primer lugar, se ha identificado que se procedió como en una detención policial en flagrancia, pero en realidad se trató de un arresto ciudadano. Se puede advertir que la privación de la libertad de la persona se dio de forma anárquica e irregular. Ello implica una serie de

problemas que debieron ser objeto de cuestionamiento por la defensa técnica porque incidieron directamente en los derechos fundamentales del procesado.

En segundo lugar, se ha identificado que el **INPE hizo la intervención aplicando normas para internos a una persona libre** y dicha intervención terminó como una detención policial en flagrancia. El procesado era un servidor del INPE que fue objeto de control por parte de otros agentes cuando se disponía a ingresar a su centro de labores, el Establecimiento Penitenciario de Ayacucho. En este control de seguridad interno y de índole laboral le hallaron en posesión de droga. Ahora bien, según la versión de los agentes penitenciarios, este control no era un simple control rutinario, sino que respondía a “presuntas” acciones de inteligencia. Se califica como “presunta” no para desmerecer las labores de dicho personal, sino porque a lo largo del proceso, ninguno de los órganos de persecución, ni tampoco la defensa reparó en indagar el origen, legitimidad y correcta aplicación de las normas administrativas que regulan dichos operativos de inteligencia; en cambio se dio por sentado de que todo fue conforme a derecho, aunado a que el procesado convalidó dichas omisiones autoincriminándose.

2.1.2. Falta de Regulación de la Investigación Preliminar en el Código de Procedimientos Penales Otorgó Amplio Margen Discrecional de la Policía Nacional y Ministerio Público para Afectar Derechos del Justiciable

Existía un margen de discreción amplio de actuación policial y fiscal en el viejo sistema. Después de intervenir al procesado y levantar sus actas (decomiso), agentes del INPE comunicaron el hecho con características delictivas a las autoridades de persecución penal: la Policía Nacional y el Ministerio Público. En este punto, las falencias normativas de la investigación preliminar vienen a cuento porque generaban una nebulosa que resta transparencia a la labor policial y fiscal, así como dificultaban la labor de la defensa técnica incidiendo sobre los derechos del procesado.

El caso se tramitó bajo los alcances del Código de Procedimientos Penales de 1940, que preveía para el proceso penal ordinario solo dos etapas: instrucción y juzgamiento, **la investigación preliminar quedaba al margen de la regulación en dicho código**, y también sus plazos (por lo menos hasta la fecha de ocurridos los hechos, porque tiempo después se reformaron algunos artículos para homologarlo con el actual código procesal penal).

En este caso las diligencias se iniciaron y continuaron delegadas a la Policía Nacional, la cual, al final, emitió un atestado policial conteniendo elementos de convicción. El atestado, a pesar de que era una prueba documentada y no que no era vinculante, en la práctica se convertía en el documento decisivo a lo largo del proceso. Aunado a lo anterior, el Art. 62° del Código de Procedimientos Penales relativizaba la participación de la defensa en las actuaciones policiales, pues, bastaba que los actos de investigación se hayan realizado con la participación del fiscal para que “constituyan elemento probatorio”.

La etapa preliminar del proceso ordinario se regía complementariamente por la Ley N° 27934 – “Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito”, de fecha 28 de enero de 2003, así como por la Ley Orgánica del Ministerio Público, citada para sustentar jurídicamente las denuncias fiscales, que en su artículo 94° establece: “(...) *Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada o, alternativamente, apertura investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizarla ante el juez penal (...)*”.

La primera afectación se presenta en el cómputo del plazo de la detención. Como es un caso de arresto en flagrancia, el plazo que tardan los ciudadanos en entregar al arrestado a las autoridades no es computable, es decir, el plazo de detención empieza a regir desde la emisión del “Acta de recepción del detenido por arresto ciudadano” equivalente al “Acta de intervención policial” que, en este caso, no se redactaron. Un hecho que corrobora lo aquí planteado es que en el auto apertorio de instrucción se consigna como hora de inicio de cómputo del plazo, las 08:30 am, basándose en el “Acta de constatación fiscal”, más no desde la intervención del INPE (7:45 am), ni desde el momento de notificación de la detención (11:00 am).

La segunda afectación comprende las incoherencias temporales y formales de las actas levantadas por el INPE y la Policía Nacional. Si se ordenan cronológicamente las actas levantadas hasta la “lectura de derechos al detenido” se evidencia como el proceder descoordinado se presta a suspicacias y pudo ser objeto de cuestionamiento hasta lograr su exclusión y la declaración de ilegalidad de la detención por cuanto se superponen y atentan contra el derecho de defensa y la presunción de inocencia; además, no guardan las formalidades (ver actas consignadas en el acápite 2.2. de las Diligencias preliminares).

La tercera afectación implica que no se leyeron los derechos al detenido oportunamente. Es práctica común que las personas intervenidas pasan a condición de detenidas sin ser informados de sus derechos por escrito sino hasta finalizar las diligencias, vaciando de contenido dichos derechos, tal como sucedió en este caso.

No estaba bien delimitado entonces, pero incluso desde la actuación policial en la etapa preliminar del proceso ordinario que se regía por la Ley N° 27934, cuyo Art. 1°, Núm. 8, ya se establecía que era parte de sus funciones, capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrante delito e informarles una vez detenidos y asegurados de cuando menos los siguientes derechos: “d) *A ser defendido por un abogado.* e) *A ser informado de las razones de su detención*”. Asimismo, en el “Manual de derechos humanos aplicados a la función policial” del 2006 también se establecía que ante una detención en flagrancia, el personal policial debía identificarse, registrarlo e informarle por escrito el motivo de su detención, así como otros derechos, como el de contar con un abogado y a la no autoincriminación.

La actuación fiscal y policial en la investigación preliminar del Código de Procedimientos Penales tenía varias lagunas normativas, fue a partir de la dación del nuevo código que se elaboraron protocolos de actuación interinstitucionales para guiar el proceder y estandarizar los documentos redactados por dichas autoridades, tal como lo ordenó el Artículo 2 de la Tercera Disposición Final de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.

Entre dichos protocolos, en el año 2006, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos emitió el “Protocolo de Intervención en Flagrancia y Garantía de Derechos” y el año 2016 la Dirección General de la Policía Nacional emitió la Directiva N° 03-04-2016-DIRGEN-PNP/EMG-DIRASOPE-B con la finalidad de “A. *Uniformizar los procedimientos para la intervención policial, en delito flagrante, que ejecutará la policía interviniente*”; estableciendo una serie de lineamientos importantes que coinciden con lo anteriormente argumentado: primero encontrar evidencias en el intervenido, registrarlo e inmediatamente leerle sus derechos, luego asegurar la evidencia con su respectiva cadena de custodia.

La cuarta afectación es la omisión de las formalidades en la cadena de custodia. El INPE realizó un acta de decomiso de sustancias prohibidas (fs. 42 del Exp.), pero lo apropiado era que la Policía Nacional realice un acta de comiso de droga.

2.2. ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

2.2.1. Arbitrariedad en la Determinación de la Pena por Inaplicación del Sistema de Tercios

En el caso concreto, en la sentencia de primera instancia la determinación de la pena se hizo en base al Art. 45° del *Corpus Iuris* Penal; no obstante, un año antes ya se había establecido la determinación judicial de la pena mediante el sistema de tercios, en virtud del Art. 45°-A, incorporado al Código Penal por el Art. 2° de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013. Los presupuestos previstos en el Art. 45° del Código Penal daban un amplio margen discrecional al juez al punto de terminar en arbitrariedades.

Vale decir que en la sentencia también se tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, la escasa cantidad de droga, así como el hecho de haberse acogido a la conclusión anticipada, importa -a consideración de la Sala- disminuir prudencialmente la pena por debajo del mínimo legal (Fundamento IX de la Sentencia) basándose en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 sobre "Terminación anticipada".

2.2.2. Contradicción entre el Principio de Lesividad penal y el derecho a la Libertad Individual en la Modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas Imputado

El Art. 8° de la Constitución Política establece que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas y regula el uso de los tóxicos sociales. En la sentencia recaída en el Exp. N° 03154-2011-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: ***"el delito de tráfico ilícito de drogas, por la afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es considerado como uno de los ilícitos penales más graves. Es un delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, pues su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas de todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1°), la familia (artículo 4°), la educación (artículos 13° a 18°), el trabajo (artículos 22° y 23°), la paz social (inciso 22 del artículo 2°), entre otros"***.

¿Entonces por qué las sentencias de este caso señalan que no se afecta el principio de lesividad por traficar escasa cantidad de droga, si el propio Tribunal Constitucional señala que este es uno de los delitos más graves, su sola comisión ya es grave?

2.3. ¿AL MENCIONAR QUE EL PROPÓSITO SE FRUSTRÓ, LAS SENTENCIAS SE REFIEREN A UNA TENTATIVA EN UN DELITO DE PELIGRO CONCRETO?, ¿SE CONFIGURÓ O NO LA AGRAVANTE DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 297°?

El Art. 296° del Código Penal es el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas contiene cuatro modalidades, cada una de estas tiene características específicas y momentos consumativos diferentes: (i) **El primer párrafo sanciona la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas** mediante actos de fabricación o tráfico, (ii) el segundo párrafo sanciona la posesión de drogas con fines de tráfico, (iii) El tercer párrafo contempla conductas punibles como el suministro, la producción o comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción, facilitación o financiación, (iv) El cuarto y último párrafo tipifica la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas (Prado Saldarriaga, 2021).

La modalidad imputada del primer párrafo implica una conducta de peligro concreto. En la imputación se ha definido que el procesado ha realizado **actos de tráfico** que implican la **distribución y transporte**. Sin embargo, no desarrollaron por qué consideran al sustantivo **transporte** como **acto de tráfico**. Para interpretar al **elemento normativo “tráfico”** se debe remitir al **Decreto Ley N° 22095**, Art. 89°, Inc. 7, que establece: “Comerciar, el acto de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, **transportar**, importar, exportar, expedir en tránsito o que bajo cualquiera otra modalidad se dedique a actividades ilícitas con drogas”. Ello concuerda con lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, F.J. 9:

*El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296° del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos fabricación o de tráfico, y este último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. **El tráfico** -enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes -delictivos en este caso-, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.*

Ahora bien, teniendo en mente que transportar también implica traficar, debemos analizar la agravante del **Art. 297°, Inc. 4**, del Código Penal (por el lugar de comisión), al haber sido cometido -el transporte para promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas- **en el interior o en inmediaciones de un lugar detención o reclusión**, se debe advertir lo siguiente: tanto en la ejecutoria suprema, como en la sentencia de primera instancia se señala que: “se pretendió ingresar al penal, pero no se consiguió”, “se frustró”. **¿Al mencionar que el propósito se frustró, se refieren a una tentativa en un delito de peligro concreto?**, ¿se configuró o no la agravante del inciso 4 del artículo 297°?, ¿favoreció el consumo de tráfico de drogas en el interior o en inmediaciones del establecimiento penitenciario? Se ahondará sobre este punto en la posición fundamentada, con la atinencia que -desde mi posición- esta agravante del Inc. 4 del Art. 297° no se configuró.

III. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

3.1. SOBRE LA OMISIÓN DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

3.1.1. Se Procedió como en una Detención Policial en Flagrancia, pero fue un Arresto Ciudadano

En primer lugar, dejar en claro que **la Policía Nacional hace detenciones, los ciudadanos (incluyendo al INPE) hacen arrestos**. El sustento normativo constitucional está el Art. 2°, Inc. 24. Lit. f de la Constitución Política, que establece que una persona solo puede ser detenida por una orden judicial o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. Esto es así para proteger los derechos individuales y garantizar que las detenciones se realicen de manera justificada.

A nivel legal, la Ley de la Policía Nacional del Perú vigente al momento de los hechos era el Decreto Legislativo N° 1148, publicado el 11 de setiembre de 2012, establecía que los efectivos policiales estaban facultados para: “**Intervenir, citar, conducir compulsivamente, retener y detener a las personas de conformidad con la Constitución y la ley**”. Actualmente, el Código Procesal Penal establece (Art. 259°) que la Policía Nacional detiene sin orden judicial a quien sorprenda en flagrante delito o en caso de mandato judicial (Art. 261°) y además realizar retenciones e intervenciones o conducciones compulsivas ordenadas por las autoridades de justicia.

Ahora bien, excepcionalmente, la Constitución, en el Art. 2°, Inc. 24. **Lit. b**, también establece que se puede restringir la libertad personal a través de una ley. Esa fue la justificación para incorporar la figura del “Arresto ciudadano” a través del Art. 260° del Código Procesal Penal (Cubas Villanueva, 2018); la cual establece que, en los supuestos de flagrancia delictiva previstos en el Art. 259°, cualquier persona podrá proceder al arresto y colaborar con la labor policial (sean civiles, serenazgos, soldados, personal de seguridad o cualquier otro); no obstante, la condición es que deben entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la dependencia policial más cercana.

La vigencia del arresto ciudadano se estableció a nivel nacional desde el 1 de julio del 2009 de acuerdo al Art. 2° de la Ley N° 29372. Básicamente, el Art. 260° establece que -en los supuestos de flagrancia delictiva previstos en el Art. 259°- cualquier persona podrá proceder al arresto y colaborar con la labor policial. Los ciudadanos no estaban, ni están en la capacidad de calificar jurídicamente un estado de flagrancia. El primer control de la legalidad de la detención y los arrestos ciudadanos lo hace la Policía; el segundo control lo hace el Ministerio Público, pues dirige jurídicamente la investigación; y, finalmente, el juzgador es quien controla los actos del Ministerio Público.

Como segundo punto, a pesar de que el INPE es el ente rector de los penales, en la zona exterior no tiene autoridad para hacer intervenciones según sus normas internas, ni tampoco puede ejecutar detenciones, ni mucho menos el Ministerio Público puede convalidarlas, porque la facultad de detener personas es exclusiva de la Policía Nacional; y si alguien procede a hacer un arresto ciudadano, para que el cambio de situación jurídica a detenido se produzca legalmente, el camino es entregar al arrestado a la Policía, no al Ministerio Público.

El Instituto Nacional Penitenciario es una institución supeditada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con competencia sobre la población penitenciaria y que sus labores de control sobre las personas reclusas tienen como parte de sus objetivos evitar que cometan nuevos delitos y que se resocialicen, por lo cual adoptan acciones de seguridad como el control a las personas visitantes, sean familiares, autoridades u otros, de conformidad con lo establecido en el Código de Ejecución Penal, Arts. 147° y 126°; y este mismo cuerpo normativo establece en el Art. 131° que, “*La Administración Penitenciaria mantiene coordinaciones con las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y organismos públicos y privados, para asegurar un eficiente apoyo en los planes y acciones de seguridad*”.

Al momento de los hechos estaba vigente el “**Reglamento General de Seguridad del Instituto Nacional Penitenciario**”, aprobado por Resolución de la Presidencia del INPE N° 003-2008-INPE/P, de fecha 3 de enero de 2008¹; en cuyo Art. 23° establece que toda persona que

¹ Actualmente existen otras normas, como la de “Control y Egreso de Personas en el Establecimiento Penitenciario” aprobada por Resolución Directoral N° 016-2020-INPE/DISEPE, de fecha 23 de diciembre de 2020; en la cual se advierte que se distingue la visita administrativa y la visita de internos.

ingrese a un penal, incluidos los servidores del INPE, serán sometidos a un control con registro personal. Sin embargo, en el caso concreto, se aplicó un procedimiento que corresponde para los internos, más no para los trabajadores y no se coordinó oportunamente con un efectivo policial para que haga el registro personal o, en su defecto, **la mujer policía que inmovilizó también debió hacer un acta de intervención.**

En la declaración que brindó el que denominaremos “**Agente de Inteligencia del INPE**”, que corre a fs. 181, señala que estando de comisión de servicio en Ayacucho por razones administrativas distintas, circunstancialmente, se enteró que personal del INPE estaba introduciendo droga al penal, por cual extendió su comisión de servicios para indagar sobre el particular y -bajo su dirección- se procedió a revisar a los agentes y así descubrieron que el procesado pretendía ingresar marihuana acondicionada en sus zapatos. En la declaración ante el juez instructor -sin presencia del fiscal, ni del abogado- a este agente no se le preguntó si sus acciones fueron parte de un plan operativo coordinado, ya que estaba indagando específicamente sobre asuntos de droga y se requería participación de policía especializada.

El Art. 139° del Capítulo X (Registro y Revisión) del Reglamento General de Seguridad del INPE sí faculta al Director para ordenar inspecciones a los ambientes de los **internos**; además, en el Art. 149° se establece que, en caso de **decomiso de posible droga**, el personal interventor: (i) dará cuenta a su jefe inmediato superior, (ii) **formulará el informe y el acta de decomiso o hallazgo**, (iii) luego se aislará a la persona y custodiará el material incautado hasta la llegada del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú. Como se puede advertir, **esta norma era aplicable a las intervenciones contra reclusos en las zonas penitenciarias**; más no a los civiles que incurrieran en delitos flagrantes en zonas externas o de acceso.

Si asumimos que las normas para intervenir a un interno no eran aplicables al servidor del INPE, sino a los internos, en caso de que él o cualquier persona en una zona exterior al penal hubiera incurrido en alguno de los supuestos de flagrancia, **se tenía que aplicar el arresto ciudadano del Art. 260° del Código Procesal Penal** entonces vigente. Cualquier ciudadano que no sea un efectivo policial tiene que entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana; **los ciudadanos no están autorizados a realizar actos de investigación como registros personales o incautaciones** porque esas son competencias exclusivas de la Policía Nacional; no obstante, en el presente caso, los agentes del INPE se irrogaron dichas atribuciones y levantaron actas consignando su autoinculpación sin presencia de su abogado, recogieron la evidencia sin cadena de custodia, que, al final, fue determinante para mantenerlo detenido, para que se le dicte la prisión preventiva e incluso para su condena.

Esta situación irregular no es un caso aislado porque es de público conocimiento que varios agentes penitenciarios actuaban de forma anárquica e ilegal permitiendo e involucrándose en toda clase de ingresos y situaciones prohibidas en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional, al punto que esto ocasionó la incorporación de varios delitos contra la Administración Pública, mediante Ley N° 29867, en mayo del 2012, específicamente, los Arts. 368°-B al 368°-E al Código Penal, que sancionan el ingresar elementos prohibidos a los penales.

3.1.2. Sobre la Falta de Regulación de la Investigación Preliminar en el Código de Procedimientos Penales otorgó amplio margen Discrecional de la Policía Nacional y Ministerio Público para Afectar Derechos del Justiciable

Para iniciar investigaciones en antiguo sistema procesal, el fiscal se basaba en el Art. 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley N° 27934, pues no existía regulación Código de Procedimientos Penales, y como no existía límites de plazos, las investigaciones sin detenidos se extendían por periodos largos, además, en sede fiscal se repetían diligencias ya realizadas en sede policial.

A propósito de este punto, también se puede advertir rezagos del antiguo sistema en el actual, por cuanto algunos fiscales hacen proveídos, actas, en vez de disposiciones de apertura. En el presente caso, el acta fiscal que inició la investigación preliminar era realmente una “disposición de apertura de diligencias preliminares”. El contenido de esta apertura es esencial porque: (i) tiene que estar motivada, (ii) ordena actos de investigación y (iii) establece un plazo; que en este caso, no se respetó (se consignó 10 días, pero se formuló denuncia 13 días después). ¿Por qué estaría mal esta acta de apertura? Porque en otros casos menos graves se da libertad al detenido y en sede fiscal se redacta una nueva disposición de apertura.

Posteriormente, la formalización denuncia solo tiene una solicitud al juez para que “decida la situación jurídica del detenido, imponiéndole de oficio mandato de prisión preventiva”; al menos en este caso, en mérito al adelantó la vigencia de algunos dispositivos normativos como el Art. 268° del Código Procesal Penal del 2004 (Ley N° 30076), sí se hizo una audiencia de prisión preventiva, pues anteriormente el juez lo decidía inaudita parte según los lineamientos del Código Procesal Penal de 1991. Ahora el fiscal es el director de la investigación y cualquier medida de coerción se rige por el principio rogatorio.

La etapa preliminar se sigue deformando, aún no hay lineamientos claros en algunos ámbitos, por ejemplo, a la fecha, se ha creado la figura de la “**indagación previa**” sobre la base de la “**Instrucción General N°1-2018-MP-FN**” que implica realizar una investigación antes de las diligencias preliminares con la finalidad de que la Fiscalía determine abrir o no una investigación, el detalle es que en esta “indagación previa” no se notifica a los abogados. Además, aún no existe un plazo para que el fiscal califique una denuncia, como tampoco lo existía en el proceso ordinario o sumario, salvo para casos en flagrancia que, como se ha referido anteriormente, tiene un plazo constitucional.

Sobre la primera afectación: el cómputo del plazo de la detención, está claro que, según el Art. 2°, Inc. 24. Lit. f , “*La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia*”. En el presente caso, no se tuvo en cuenta el tiempo de privación de libertad que estuvo el procesado bajo custodia del INPE, se consideró el cómputo de su detención desde que se apersonó el fiscal. Toda detención que exceda los plazos constitucionales y legales deviene en arbitraria, y habilita al agraviado a interponer una demanda de habeas corpus que, según, el Art. 17° del Nuevo Código Procesal Constitucional, puede terminar con pena accesoria de destitución del cargo para la autoridad responsable.

Respecto a la segunda afectación detectada: irregularidades en las actas; considero que las actas pudieron ser objeto de cuestionamiento por la defensa hasta lograr su exclusión y la declaración de ilegalidad de la detención. Todos los actos que realicen las autoridades deberían constar en actas. Tiempo atrás no existían parámetros claros de cómo redactar actas. Actualmente, en el Código Procesal Penal existe un capítulo específico dedicado a las actas, por ejemplo, en el Art. 121° se establece que, “*La omisión en el acta de alguna formalidad solo la privará de sus efectos, o tomará invalorable su contenido, cuando ellas no puedan ser suplidas*”

con certeza sobre la base de otros elementos de la misma actuación o actuaciones conexas, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado”.

A la fecha de ocurridos los hechos ya se había emitido el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 (16 de noviembre de 2010), en el cual se aborda la exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente cuando se afecte uno o varios derechos establecidos en el Art. 71° del Código Procesal Penal. Asimismo, con base en el principio de legitimidad de la prueba y previsto en el Art. 159° del Código adjetivo: *“El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.*

Para excluir material probatorio, en este caso actas, que ha atentado contra derechos fundamentales, en el proceso penal común existe un estadio específico en la audiencia de control de acusación e incluso podría ser de oficio a iniciativa del juez (Del Río Labarthe, 2010); empero, debemos tener en cuenta que si se trata de una investigación en flagrancia, dichos elementos de convicción sustentaran medidas restrictivas de derechos, por ende, se debe solicitar su exclusión con anticipación esa audiencia, vía tutela de derechos por atentar contra la presunción de inocencia (Art. 2°, Inc. 24, Lit. e de la Constitución) y el derecho de defensa (Art. 139°, Inc. 14) y otros derechos previstos en el Art. 72° del Código Procesal Penal, como veremos líneas adelante.

Respecto a la tercera afectación: no se leyeron los derechos al detenido oportunamente. El derecho a ser informado de los motivos de la detención está vinculado o es parte del derecho a la libertad individual, derecho civil de primera generación que garantiza a una persona detenida o retenida, ser consciente de por qué está siendo privada de su libertad y a partir de ello puede ejercer su defensa, así como previene de detenciones arbitrarias y garantiza un proceso legal justo. Derecho que está consagrado en documentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Art. 7°, Inc. 4) y la propia Constitución Política (Art. 139°, Inc. 14).

No obstante, la actuación fiscal y policial en la investigación preliminar del Código de Procedimientos Penales era tan anárquica que con la dación del nuevo código también se elaboraron directivas, protocolos y guías de actuación interinstitucional para guiar el proceder y estandarizar los documentos redactados por dichas autoridades; entre dichos documentos, tenemos la Directiva N° 03-04-2016-DIRGEN-PNP/EMG-DIRASOPE-B – “Directiva para la Intervención Policial en Flagrante delito”, la cual establece un orden en el proceder policial: (i) obtener el indicio y/o evidencia, (ii) elaborar el acta de lectura de derechos, (iii) elaborar el acta de detención, (iv) levantar las actas de aseguramiento y conservación del indicio, (v) asegurar la continuidad de cadena de custodia.

El Art. 68°, Inc. 1, Lit. h, del Código Procesal Penal establece que la Policía Nacional tiene como parte de sus atribuciones “intervenir” y “detener” a los presuntos autores. Se entiende de ello que la intervención es la primera injerencia o contacto de la autoridad policial con los ciudadanos por situaciones específicas, debido a esto, el “acta de intervención policial” es un documento básico y obligatorio. **Se alega que en la práctica, cada hecho o situación, implica que la redacción no se pueda hacer *in situ* y de inmediato**, con cargo a realizarlo por los policías intervinientes en la sede policial, siendo esto indelegable ya que los efectivos también - en casos de flagrancia- son testigos.

Por lo anterior, no se puede excluir un acta policial o declararla inválida por no seguir un orden secuencial en su redacción, lo cual no es óbice para hacerle conocer sus derechos al final de las actuaciones policiales, ni para omitir el acta de intervención o su equivalente de recepción del detenido por arresto ciudadano; pues, como se ha establecido en el Recurso de Nulidad N° 536-2019 Lima Sur: *“el acta de arresto ciudadano es una prueba preconstituida que, por la urgencia e irrepitibilidad de la misma, se realiza en tales condiciones. Sin embargo, para legitimarse como prueba en el proceso penal, tiene que incorporarse a quienes participaron en la diligencia y/o suscribieron el acta, a través de sus declaraciones personales”*.

El **Art. 72°** del Código Procesal Penal contiene los derechos más importantes que se le harán conocer de forma inmediata y comprensible al imputado, todavía no existe un criterio aceptado de cuál sería el momento oportuno para que la Policía lo haga, de forma que cuando lo hace, a veces, ya el derecho ya está vacío de contenido; por ejemplo, el **Inc. 2, Lit. C** establece que el detenido puede y debe contar con un abogado desde los actos iniciales de investigación, pero el imputado consigue abogado después de realizadas las diligencias más importantes; en tanto que el **Lit. D**, establece que no está compelido a aceptar su culpabilidad, sin embargo, se hacen las actas y entrevistas grabadas donde se autoinculpa.

A diferencia del proceso ordinario, actualmente, bajo los parámetros del proceso común, cuando no se han dado cumplimiento a estas disposiciones del Art. 72°, el procesado puede acudir al juez de garantías vía **tutela de derechos** para que dicte las medidas correctivas.

Respecto a la cuarta afectación detectada: Omisión de formalidades en la cadena de custodia. El INPE pidió que un efectivo policial se apersona al lugar e inmovilice la droga, pero no se realizó acta de hallazgo, ni se hizo el embalaje adjuntando los formatos donde se consigne qué se halló, quién lo halló, a quién se lo remitió; circunstancias que, actualmente, sería pasible de que la evidencia hallada sea declarada prueba ilícita o prueba irregular.

Lo adecuado era que la Policía Nacional realice un acta de comiso de droga. En noviembre del 2018, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó el “Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia”, que definía el **“comiso”** de la siguiente forma: *“Durante una intervención en flagrancia, realizado el registro, el personal policial procederá al comiso de los bienes que constituyen objeto del delito, cuando atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Para ello, el personal policial interviniente levantará el Acta de Comiso (...)”*. Consecuentemente, si hubiere intervenido desde el inicio la Policía, no se habría decomisado, sino comisado la droga.

Ya en el 15 de junio del 2006 se había emitido el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN, que en su Artículo 7° define a esta como: *“(...) el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso”*. No seguir el procedimiento hace que la evidencia pierda garantía de autenticidad, según el Acuerdo Plenario 6-2012/CJ-116.

3.2. ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

3.2.1. Arbitrariedad en la Determinación de la Pena por Inaplicación del Sistema de Tercios

La sentencia conformada no estuvo debidamente motivada en el extremo de la determinación de las penas. Cuando se tramitó este caso se debía aplicar el “sistema de tercios”, tanto para la determinación de la pena privativa de libertad, como para la pena de días multa, y la inhabilitación concordarla con el Art. 38° del Código Penal. El “sistema de tercios” opera en dos etapas: primero, se debe identificar en la pena abstracta y dividirla en tres partes iguales; segundo, determinar la pena concreta evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Nada de esto se realizó.

En línea con lo anterior, se debió efectuar el mismo proceso de determinación respecto a la pena de días multa. El tipo penal vigente al momento de los hechos establecía una pena de 180 a 365 días-multa, pero solo se indicó que serían 155 días multa, sin establecer a cuánto asciende ello. Lo mismo respecto a la reparación civil, se hicieron muchas indagaciones y recabaron documentos en la etapa de instrucción, fijándose la reparación civil en s/. 2500.00 soles sin hacer mayor análisis. Previo a la sentencia tampoco se había determinado la pena en el dictamen fiscal superior, ni al momento de dictar la prisión preventiva; situación que actualmente sería una grave omisión.

En línea con lo anterior, es importante criticar que en el Auto de Prisión Preventiva dictado en este caso (Fs. 199 del Exp.) no se hizo la determinación de la pena respecto al presupuesto de prognosis de pena superior a cuatro años que preveía el Art. 268° del Código Procesal Penal. En la Casación 626-2013 Moquegua, Fundamento 30 y siguientes, la Corte Suprema aclaró que este presupuesto implica la determinación de la pena concreta por tercios. La exigencia de motivar la prisión preventiva, pese a tener un sustento constitucional, en la época de ocurridos los hechos aún no era respetada, se dictaban los mandatos de detención en forma semiautomática.

Sin embargo, si el caso hubiere sido tramitado actualmente, se tendrían que aplicar los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112 sobre determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas, publicado el 11 de enero de 2024. Esta nueva doctrina legal establece directrices interpretativas nuevas para la aplicación de penas, pues se había observado prácticas divergentes en la judicatura nacional, como por ejemplo que, bajo el pretexto del principio de proporcionalidad, se disminuía excesivamente la pena y ahora se busca predictibilidad, penas ciertas, legales y justas en la sentencia.

A pesar de las buenas intenciones, los lineamientos nuevos para delimitar la pena resultan confusos y complejos porque trata de sistematizar el deformado Código Penal, que contiene causales de disminución o incremento de la punibilidad, circunstancias genéricas y específicas y agravantes, aunado a las reglas de reducción por bonificación procesal; las cuales se deben aplicar de acuerdo al tipo de delito en dos esquemas: (i) esquema operativo de tercios, y (ii) esquema operativo escalonado.

Cabe precisar que, el “Esquema operativo de tercios” es el actual aplicable del Art. 45°-A, con la precisión de que se aplicará en delitos donde solo se pueden considerar circunstancias genéricas, como el homicidio simple. Aquí, la pena se determina dividiendo la pena conminada en tres tercios y seleccionando uno de ellos como referencia para la pena a imponer. Por otro lado, el “Esquema operativo escalonado” se emplea para delitos con circunstancias agravantes específicas, como el feminicidio, secuestro, robo o tráfico ilícito de drogas. Primero, se fija la nueva pena abstracta según el nivel de las agravantes; segundo, el periodo entre la pena mínima y máxima se divide en el número de agravantes y el resultante se secciona equitativamente; tercero, se contabiliza cada agravante cometida en un escalón. En el espacio resultante se

aplican los criterios del Art. 45°. En el Fundamento 45° del Acuerdo Plenario, se establece que al finalizar, cuando ya se tenga la pena concreta, se pueden aplicar las reglas de bonificación procesal, pues no son circunstancias atenuantes.

3.2.2. Contradicción entre el Principio de Lesividad Penal y el derecho a la Libertad Individual en la Modalidad de Tráfico Ilícito de Drogas Imputado

A. La teoría acogida en el sistema penal peruano que tiene al “bien jurídico” como derecho, interés y valor fundamental que el Derecho penal tutela y protege². Así, el Art. IV del Título Preliminar del Código Penal se establece el denominado “principio de legalidad” o de protección de los bienes jurídicos: *“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”*. Este principio que recoge la teoría del bien jurídico como fundamento de la pena, claramente establece que, la sanción se justifica cuando una acción afecta negativamente estos bienes jurídicos, ya sea causándole un daño directo o creando un riesgo significativo. Ahora bien *“El bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de drogas es la salud pública, y siendo que este delito se encuentra enmarcado en el código Penal en los delitos contra la seguridad pública, se puede concluir que nos encontramos ante la protección de un bien jurídico macrosocial la salud pública como interés estatal”* (R.N. N° 1669-2003 Huánuco).

Es importante señalar que, la política antidrogas peruana responde a una serie de compromisos internacionales asumidos, como lo son la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Narcotráfico de 1990. Sin embargo, de ese tiempo a esta parte ha habido una contrapolítica de represión contra ciertos tipos de drogas, específicamente, la *Cannabis Sativa*, tan es así que, mediante **Ley N° 30681 – Ley que Regula el uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados**, publicada el 17 de noviembre de 2017, se reguló el uso de esta droga con fines medicinales para “garantizar el derecho fundamental a la salud” y modificó los Arts. 296°-A, 299° y 300° del Código Penal; y posteriormente, mediante **Ley N° 31312**, de fecha 25 de julio de 2021, incluso se ha regulado el cultivo y procesamiento de *Cannabis*.

Por el principio internacional *pacta sunt servanda*, los tratados deben ser cumplidos por las partes que los han firmado. En el Art. 55° de la Constitución se establece que los tratados celebrados por el Estado y que hayan sido ratificados forman parte del ordenamiento jurídico; y los tratados tienen rango legal, según el Inc. 4 del Art. 200° de la Constitución Política; asimismo, se ha establecido que **en un conflicto entre ley y tratado, prevalece el segundo**. Entonces, si bien contiene el núcleo esencial de la prohibición, podemos considerar que el delito previsto en **el Art. 296° es una ley penal en blanco impropia**, porque remite a una norma igual o de mayor jerarquía para interpretar sus elementos normativos y precisar cuestiones complementarias.

La sustancia comisada al procesado fue *Cannabis Sativa*, la cual contiene múltiples sustancias químicas activas que afectan al sistema nervioso central y pueden alterar la percepción, el estado de ánimo, la cognición y otras funciones mentales y físicas. Entre estas sustancias encontramos a uno de los principales componentes activos, el **tetrahidrocannabinol (THC)**, incluido en la Lista I del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas y, además, es uno de los insumos medicinales parcialmente permitidos en el Perú; otro elemento del *Cannabis* es

² Haciendo un paréntesis, la Escuela funcionalista señala que la teoría de protección de bienes jurídicos deviene en contradictoria porque el Derecho Penal se aplica no para tutelar bienes, sino para reparar, reestablecer o desagraviar a los bienes jurídicos ya dañados; por ende, lo primero que hace derecho penal hace es reprimir a los individuos que han defraudado las normas y después los reprime por la lesión al bien jurídico.

dronabinol, también es considerado un sicotrópico, con propiedades para tratar náuseas y vómitos asociados con la quimioterapia en pacientes con cáncer que no responden adecuadamente a otros tratamientos, también puede ser recetado para estimular el apetito en pacientes con VIH/SIDA que experimentan pérdida de peso significativa, entre otros malestares que se pueden tratar con aceite de *Cannabis*, conforme al “Documento Técnico: Orientaciones para el Uso Medicinal del Cannabis y sus Derivados”, aprobado por Resolución N° 1120-2019/MINSA, de fecha 9 de diciembre de 2019.

Según el **Manual de Terminología e Información sobre Drogas** de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2018, pág. 67), una **sustancia sicotrópica** o **psicoactiva** es “*cualquier sustancia química que afecta a la mente o a los procesos mentales (cualquier droga psicoactiva)*. En el contexto de la fiscalización internacional de drogas, por “sustancia sicotrópica” se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971”.

Muchas instituciones, incluyendo la OMS y el Centro Nacional de Inteligencia de Drogas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, considera al *Cannabis* una droga psicotrópica. No obstante, es cierto que **tiene componentes estupefacientes**, como lo es el **cannabidiol (CBD)**, según la **Lista I** de la **Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes** de 1961 (también de aplicación médica). La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2018) define a “**estupefaciente**” como:

(...) cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

En medicina el término se emplea para referirse a una sustancia química que induce estupor, coma o insensibilidad al dolor (también denominada analgésico narcótico). El término se refiere normalmente a los opiáceos u opioides, a los que también se designa analgésicos narcóticos. En el lenguaje corriente y en la jerga legal, suele utilizarse de forma imprecisa para referirse a las drogas ilegales, sean cuales sean sus propiedades farmacológicas.

Aterrizando esta información en el caso en concreto lleva a formular la siguiente afirmación: **la marihuana es un híbrido, tiene componentes sicotrópicos y estupefacientes**; empero, este no es el problema, sino que algunos componentes tienen propiedades medicinales. Entonces **¿si se hiciera -en el proceso penal- un análisis químico más profundo, y se hallara solamente componentes medicinales de la marihuana, esto podría volver atípica la conducta?**, ¿se podría decir que la conducta es menos lesiva contra el bien jurídico? La respuesta de momento está en el **Reglamento de la Ley N° 30681** – Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, Decreto Supremo N° 005-2019-SA; que en el Art. 2°.2 discrimina entre el consumo de *Cannabis* combustionada (implica la inhalación del humo de la planta) y el consumo de *Cannabis* en resina (implica el uso de formas concentradas de la planta que pueden ser vaporizadas, inhaladas o ingeridas). Cada método tiene sus propias implicaciones para la salud y los efectos experimentados por el consumidor, **pero el combustionado o fumado está excluido del uso medicinal**. Asimismo, el Art. 14° de este reglamento **excluye del uso medicinal la comercialización por internet, delivery** y preparados fuera de establecimientos autorizados; además, **solo lo pueden adquirir solo las personas registradas en el Registro Nacional de Pacientes usuarios de Cannabis**.

Sin perjuicio de lo antes manifestado, se puede advertir que se sigue una tendencia de varios Estados hacia la despenalización del consumo personal de marihuana, al colisionar la protección de la **salud y seguridad pública** con el **derecho a la salud individual** e incluso el **derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad** (Art. 2º, Inc. 1, de la Constitución), *“que está ligado al concepto de autonomía de la persona o principio de autodeterminación. Con esta disposición constitucional lo que se trata de proteger es la libertad individual frente a la intervención ajena, sea de una persona o del Estado”* (Recurso de Nulidad N° 507-2018 Junin). Y ello viene a cuento porque en el caso en comentario se condenó a una persona a varios años de cárcel por tener en su poder una droga que un sector de la comunidad científica y política considera tiene propiedades medicinales. No pretendo hacer una apología al consumo, sino establecer el contexto del análisis de algunos aspectos dogmáticos del delito imputado.

¿Pero cómo armonizar -en el caso de la marihuana- que por un lado se afecte la salud pública y por otro lado el Estado explore opciones para su uso medicinal? Es cierto que la **Ley N° 30681** que regula el uso medicinal de la marihuana es posterior al caso, sin embargo, se aprecia que el legislador respecto a este delito (peligro concreto) toma al bien jurídico como categoría axiológica, pues representa valores que sociales que deben ser preservados, ser respetados; por ende, combina una **teoría de la pena: retributiva y preventiva**. Si hablamos de retribución justa y proporcional al delito cometido, entonces **el procesado de este caso no merece una sanción tan drástica** (de conformidad al Art. VIII del Título Preliminar del Código Penal); por otro lado, se tiene que mandar un mensaje a la sociedad de no incurrir en estos delitos (prevención general), así como incidir en el delincuente para evitar su reincidencia y promover su reintegración; sobre este punto, en el decurso de este proceso se evidenció que la persona había incurrido en el delito porque tenía deudas y carga familiar, por lo que no era proclive, ni estaba inmerso en tráfico de ingentes cantidades de droga.

Respecto al tipo de droga que es la *Cannabis Sativa*, en el auto apertorio de instrucción y en la sentencia conforma se calificó a la esta como **“droga estupefaciente”**, en otros documentos fiscales y judiciales ello no fue ni siquiera mencionado. Entonces conviene aclarar que **el Art. 296º contempla tres categorías**: “drogas tóxicas”, “estupefacientes” o “sustancias psicotrópicas”; las cuales están contempladas en varios tratados internacionales sobre drogas, entre los cuales, la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961, Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Narcotráfico de 1990.

3.3. ¿AL MENCIONAR QUE EL PROPÓSITO SE FRUSTRÓ, LAS SENTENCIAS SE REFIEREN A UNA TENTATIVA EN UN DELITO DE PELIGRO CONCRETO?, ¿SE CONFIGURÓ O NO LA AGRAVANTE DEL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 297º?

El procesado -con conocimiento y voluntad- estaba trasladando o transportando marihuana acondicionada en sus zapatos, pero su finalidad -tendencia interna trascendente-, según los órganos de justicia, era **favorecer** el consumo de drogas en el penal. Los diccionarios definen la palabra **“promover”** como el impulso desde el inicio la realización de algo; **“favorecer”** implica apoyar el avance de una empresa, colaborar para que se lleve a cabo; en tanto que **“facilitar”** se entiende como el acto de proporcionar o entregar droga a quien la demande.

Se puede advertir que el procesado no ingresó la droga al penal, la sustancia no le fue incautada dentro, sino al ingreso. Ahora bien ¿podría considerarse que promovió el consumo de

drogas desde las inmediaciones del penal? Considero que no, pues ello sería malinterpretar el sentido de la norma que toma como agravante el hecho de que alguien comercialice drogas cerca de un penal, escuela, centro de salud, incrementa el riesgo de que las personas vulnerables que frecuentan estos lugares puedan caer en el consumo, además crea un clima de violencia en dicha área y, en el caso de las cárceles, contraviene la rehabilitación de los internos (Peña Cabrera Freyre, 2018, pág. 138) . ¿Pero no fue el fin último del procesado ingresar la droga al penal y venderla al mejor postor como él mismo lo ha confesado? Sí, pero no lo logró y no solo cuenta su intención.

Existen **otros delitos** cometidos por particulares contra la Administración Pública sancionan conductas similares a la analizada y **prevén expresamente la intención de ingresar** y el haber ingresado **objetos prohibidos a los penales**. Por ejemplo, el Art. 368°-A, sanciona el al que: *“indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno (...)”*.

La conclusión respecto a este punto es que, si bien la modalidad del primer párrafo no admite tentativa por ser un delito de peligro concreto, de mera actividad (o cuando menos la tentativa es muy excepcional), el no haber ingresado la droga al penal, ni haberla comercializado en los exteriores del penal implicaba que **no** se le pueda imputar la agravante. ¿Puede parecer absurdo? Sería lo mismo que en una persecución policial desde el Centro de Lima por la Av. Panamericana, se logre intervenir un vehículo con droga en inmediaciones del penal de Ancón y por ese hecho se les impute la agravante del 297°, Inc. 4. En todo caso, **es un tema de lege ferenda incorporar la modalidad de “intentar ingresar” droga al penal** porque si no se afecta el principio de legalidad.

Esta posición es polémica y cuando menos debió plantearse para su debate porque las autoridades fiscales y jurisdiccionales dieron a entender con la expresión “se pretendió, pero no se concretó” que se trató de una tentativa y mínima afectación al bien jurídico. Aunque **estas controversias podrían haberse evitado si se hubiera montado un operativo coordinado**, bajo la dirección jurídica del fiscal, aplicando técnicas especiales de investigación, videovigilancia, intervenciones telefónicas; se le habría permitido ingresar al penal con la droga, que haga actos de tráfico, que se contacte con sus proveedores y destinatarios (quienes quedaron impunes). No se hizo así.

No obstante lo antes mencionado, considero que el Ministerio Público omitió imputar la agravante de primer grado “por la condición del sujeto activo”, prevista en el Art. 297°, inc. 1, del Código Penal: *“1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública”*. La imputación de esta agravante no reviste mayores dificultades porque el procesado se valió de su cargo como servidor penitenciario para tratar de vender droga a un grupo propenso, vulnerable al consumo como lo son los internos.

IV. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

1. PRIMERA INSTANCIA – DECISIÓN DE LA SALA PENAL

Los vicios en el procedimiento se dieron antes de la emisión de la sentencia, por eso en este punto se comentará de forma concreta. En el presente caso se produjo la conclusión anticipada del proceso, el acusado aceptó ser responsable del delito y la reparación civil,

consecuentemente, se dictó una sentencia conformada. Al acogerse a la conclusión anticipada se perdió oportunidad de discutir los temas como lo abordados en el presente informe; se vinculó el procesado a los hechos y el juzgador ya no pudo meritar los medios probatorios, pues la fase probatoria se suprimió (ver al respecto, F. 8 del RN 167-2016 Lima). Así, los nuevos medios de prueba presentados por su abogado para acreditar su carga familiar, sus deudas, no fueron tomados en cuenta, aunado a que convalidó todos errores *in procedendo* previos, no se pudo interrogar a las personas que lo arrestaron, ni comprobar su primigenia tesis de defensa de haber comprado menos cantidad de droga de la que le fue comisada.

A pesar de que el procesado facilitó la decisión, se aprecia que la sentencia adolece de errores *in iudicando*, por inaplicación del sistema de tercios en la determinación de la pena y aplicación indebida de una de las agravantes (según mi parecer, la del Art. 297°, inc. 1); lo que en buena cuenta atenta contra el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales (Art. 139°, Inc. 5, de la Constitución), inmersa o variante del debido proceso, a la vez integrada a la tutela procesal efectiva, según lo establece la Sentencia recaída en el Exp. N° 966-014-PATC.

Respecto a las deficiencias de la motivación, se tratan de defectos en la motivación externa, en las premisas mayores que son las normativas (se inaplicaron o se aplicaron indebidamente), que en la Sentencia recaída en Exp. 0728-2008-PHC/TC se le ha denominado “inexistencia de motivación o motivación aparente”, pues solo se intentó dar cumplimiento formal a dicho deber de motivación sin sustentarlo jurídicamente. Estos defectos incidieron en la determinación de la pena privativa de libertad y la de días multa.

2. SEGUNDA INSTANCIA – DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Debido a que el recurso de nulidad tiene doble carácter (casación o instancia), el superior actuando en sede de instancia, declaró haber nulidad porque se inaplicó indebidamente la ley en la determinación de la pena. Primero señala que, respecto a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena establecidos en el Art. 45° (carencias social, cultura y costumbres, antecedentes) refiere que **no pueden disminuir la pena por debajo del mínimo legal** (15 años, en el caso concreto); sin embargo, en el Fundamento 10, basándose en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, establece que debe disminuir hasta un séptimo la pena concreta por la conclusión anticipada, lo que, sumado al principio de proporcionalidad (escasa cantidad de droga, cuyo peso neto apenas pasa los límites del Art. 298° y, además, se pretendió ingresar al penal pero no se consiguió), y la circunstancia atenuante de antecedentes penales, **disminuiría la pena hasta 10 años** de privación de libertad. Respecto a la confesión sincera, se señala que esta no opera tratándose de un caso en flagrancia, pues es irrelevante para el esclarecimiento de los hechos.

A pesar de que se aplicó una atenuante genérica que fue incorporada junto al sistema de tercios, incluso la propia Corte Suprema no aplicó la determinación de la pena según dicho sistema. Aunado a ello quedó (en mi punto de vista) insuficiente la motivación sobre la agravante y sobre la consumación del delito porque la Corte señaló que “se pretendió ingresar al penal, pero no se consiguió”, “se frustró”; al expresar esto deja entrever que el delito quedó tentado, siendo este un delito de peligro, de mera actividad.

A la fecha de redactado este informe, tal como estaba la acusación, la pena se habría determinado con el sistema operativo escalonado desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112; en cambio, si se hubiere excluido toda agravante y solo quedase la pena del tipo

base del Art. 296°, se habría aplicado el sistema de tercios y la pena concreta a imponer habría sido menor.

Con el nuevo Código Procesal Penal existe la posibilidad de apelar y habilitar un juicio de hecho y un juicio de derecho en segunda instancia, y también existe la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema para realizar un juicio de puro derecho. En el presente caso es probable que se hubiere admitido a trámite una casación ya que una de sus finalidades es *nomofiláctica*: velar por la adecuada interpretación de las normas penales, procurando predictibilidad en las sentencias. Habría sido oportuno plantear las cuestiones problemáticas de tipicidad señaladas en el punto 2.3. y analizadas en el punto 3.3. del presente Informe jurídico para que, mediante una casación, la Corte Suprema haga doctrina legal.

V. CONCLUSIONES

1. La privación de la libertad ante un delito flagrante denominada “detención” es competencia exclusiva de la Policía Nacional, y solo como apoyo a dicha labor y por política criminal se incorporó la figura de arresto ciudadano. No obstante, los ciudadanos no estaban, ni están en la capacidad de calificar jurídicamente un estado de flagrancia. En esa línea, el primer control de la legalidad de la detención o arresto ciudadano lo debió hacer la Policía; el segundo control lo debió hacer el Ministerio Público, pues dirige jurídicamente la investigación; y, finalmente, el juzgador debió controlar los actos del Ministerio Público. En este caso, el control se omitió.
2. La falta de regulación de la investigación preliminar en el proceso penal ordinario propició la comisión irregularidades en el proceso de detención: el cómputo del plazo empezó a contabilizarse desde la intervención del fiscal y no desde la privación efectiva de la libertad del procesado por la Policía; las actas levantadas durante la detención se superponen, no guardan las formalidades, atentan contra el derecho de defensa y la presunción de inocencia, pudieron ser cuestionadas por la defensa y ser excluirlas como material probatorio; la no lectura oportuna de los derechos al detenido por la Policía, no enterarse el motivo de su detención, ni que podía contar con un abogado desde el inicio de las actuaciones y a que tenía derecho a la no autoincriminación, generaron indefensión en el procesado y vaciaron de contenido esos derechos al ser conocidos de forma extemporánea, luego de haber convalidado los vicios en el procedimiento.
3. La etapa de investigación preliminar debería ser considerada la etapa estelar del proceso, cuando menos en los casos de flagrancia, porque es donde se encuentra la evidencia, se identifica a los responsables y se los neutraliza; por ende, debería estar mejor regulada. En cambio se considera que el juzgamiento es la etapa estelar porque se presentan aquí las pruebas, se escuchan a las partes y se emite sentencia; pero si lo actuado en las preliminares es irregular, sino ilegal, la llamada “etapa estelar” ni si quiera se llevaría a cabo, se filtraría el caso en la etapa intermedia o un archivo preliminar; y, en el supuesto que llegue un caso con vicios como los analizados en este informe, los magistrados de las máximas instancias no tienen los insumos probatorios suficientes y adecuados para llegar a una decisión justa. A diferencia del antiguo, el actual sistema deja de tener a al procesado como objeto del proceso, sino que lo considera sujeto de derechos, por ello, cualquier medida que coacte o limite sus derechos debe estar debidamente fundamentada. Actualmente, la defensa tiene mayores herramientas procesales para ejercer una defensa eficiente y eficaz, sea frente a la Policía, Fiscalía o ante el juez de garantías para asegurar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, vía tutela de derechos, control de plazos, control de acusación, posibilidad de interponer recurso de casación, entre otros.
4. La modalidad imputada del primer párrafo del Art. 296° del Código Penal implica una conducta de peligro concreto, no admite la tentativa, por ello yerran las autoridades del sector justicia cuando señalan que este delito de peligro “se frustró”; antes bien, el no haber ingresado la droga al penal, ni haberla comercializado en los exteriores implicaba que no se le pueda imputar la agravante del Art. 297°, Inc. 4. Del mismo modo, el Ministerio Público debió imputar la agravante de primer grado “por la condición del sujeto activo”, prevista en el Art. 297°, inc. 1, del Código Penal, pues el procesado se valió de su cargo como servidor penitenciario para tratar de vender droga a un grupo propenso, vulnerable al consumo como lo son los internos. Todo ello, aunado a la falta de análisis sobre el tipo de droga y su nocividad, y la no aplicación del sistema de tercios en la determinación de la pena genera que exista duda sobre la legalidad, razonabilidad y exactitud de la pena impuesta.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Cubas Villanueva, V. (2018). *Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
2. Del Río Labarthe, G. (2010). *La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio* (1.a ed.). Lima: ARA Editores.
3. Peña Cabrera Freyre, A. R. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. IV). Lima: Idemsa.
4. Prado Saldarriaga, V. R. (2021). *Derecho Penal Parte Especial. Una Introducción en sus Conceptos Fundamentales*. Lima: Instituto Pacífico.
5. UNODC. (2018). *Manual de Terminología e información sobre drogas* (3ra ed.). Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

VII. JURISPRUDENCIA Y NORMAS LEGALES

1. Sentencia recaída en el Exp. N° 966-014-PA/TC.
2. Sentencia recaída en Exp. 0728-2008-PHC/TC.
3. Recurso de Nulidad N° 507-2018 Junin, 507-2018 (Corte Suprema).
4. Recurso de Nulidad N° 1669-2003 Huánuco.
5. Recurso de Nulidad N° 167-2016 Lima.
6. Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112.
7. Acuerdo Plenario N° 06-2012/CJ-116.
8. Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116.
9. Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-116.
10. Acuerdo Plenario N° 03-2008/CJ-116.
11. Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116.
12. Código de Procedimientos Penales – Ley N° 9024.
13. Decreto Ley N° 22095.
14. Ley N° 27934 - Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito.
15. Ley N° 28117.
16. Ley N° 28122.
17. Ley N° 29372.
18. Ley N° 29867.
19. Ley N° 30681 – Ley que Regula el uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados.
20. Ley N° 30076.
21. Ley N° 31312.
22. Código Penal de 1991 – Decreto Legislativo N° 635.
23. Código Procesal Penal de 1991 – Decreto Legislativo N° 638.
24. Código Procesal Penal de 2004 – Decreto Legislativo N° 957.
25. Decreto Legislativo N° 1148 – Ley de la Policía Nacional del Perú.
26. Policía Nacional del Perú. Directiva N° 03-04-2016-DIRGEN-PNP/EMG-DIRASOPE-B (2016).
27. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Protocolo de Intervención en Flagrancia y Garantía de Derechos (2009).
28. Ministerio del Interior. Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial (2006).
29. Ministerio de Salud. Documento Técnico: Orientaciones para el Uso Medicinal del Cannabis y sus Derivados (2019).
30. Instituto Nacional Penitenciario. Reglamento General de Seguridad del Instituto Nacional Penitenciario (2008).
31. Ministerio Público. Instrucción General N°1-2018-MP-FN.

VIII. ANEXOS

1. Ejecutoria Suprema
2. Resolución que ordena cumplir lo ejecutoriado



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO

Sumilla: la determinación judicial de la pena importa un proceso intelectual del juzgador, de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión, siendo así, la graduación de la sanción aplicable debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena a toda consideración subjetiva. La conclusión anticipada del juicio oral, permite reducir la pena hasta por debajo del mínimo legal, teniéndose en cuenta además la clase y cantidad de droga que se pretendía introducir al Establecimiento Penal correspondiente.

Lima, veintitrés de marzo de dos mil diecisiete.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el condenado **E. R. Q.** contra la Sentencia de fojas quinientos diecinueve, de fecha diez de setiembre de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en el extremo que le impuso, doce años de pena privativa de libertad; como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo de estupefacientes mediante actos de tráfico - tipo agravado, en agravio del Estado.

Con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

CONSIDERANDO:

I IMPUTACIÓN FISCAL.-

1. Conforme fluye de la acusación fiscal, de fojas cuatrocientos cincuenta y cuatro, se atribuye al procesado **E. R. Q.** (agente del INPE), haber tratado de ingresar al Establecimiento Penitenciario de Ayacucho dos pequeños paquetes precintados con bolsas de plástico de color negro.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO

conteniendo vegetal seco (hojas e inflorescencias), los cuales se encontraban debidamente acondicionados en sus calzados; por lo que procedieron a su inmovilización; hecho ocurrido el día diez de julio del año dos mil catorce, a las 7:45 horas. Acto seguido, la especie incautada fue sometida al análisis químico correspondiente, arrojando como resultado positivo para "cannabis sativa" (Marihuana), con un peso neto de ciento diecisiete gramos, conforme al Acta de Orientación, Descarte y Pesaje de Droga N°045-2014-DIRTEPOL-DIVICAJ-DEPCRI-AYACUCHO y el Resultado Preliminar de Análisis Químico de folios trescientos sesenta.

II FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.-

2. La Sala Penal Superior, ante la confesión del acusado **E. R. Q.** dictó la sentencia conformada de folios quinientos diecinueve, declarándolo autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en su modalidad agravada, en agravio del Estado; y le impuso, la pena de doce años de pena privativa de libertad; la misma que fue determinada, teniendo en cuenta: i) La pena conminada para el delito, así como la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos. ii) La condición de agente primario, pues no registra antecedentes. iii) El grado de instrucción, la edad del acusado y su condición económica. iv) Los Principios de Gradualidad y Proporcionalidad de las Penas. v) La conclusión anticipada del juicio oral.

III FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD DEL SENTENCIADO.

3. El sentenciado **E. R. Q.** en el recurso de nulidad fundamentado a folios quinientos cuarenta y uno, expresa como agravios lo siguiente:

- a) La Sala Superior no ha tomado en cuenta su confesión sincera.
- b) No se tomó en consideración, su carencia de antecedentes así como sus carencias sociales.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO

- e) No se aplicó los Principios de Proporcionalidad y Resocialización.
d) Pese a haberse acogido a la terminación anticipada del proceso, se le ha impuesto una pena excesiva.

IV FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. -

4. Es pertinente precisar que en efecto, el sentenciado **E. R. O.** aceptó su responsabilidad como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo de estupefacientes mediante actos de tráfico – tipo agravado, previsto y penado en el artículo 296°, primer párrafo del Código Penal; concurriendo la circunstancia agravante prevista en el numeral 4), primer párrafo del artículo 297° del acotado Código, habiéndose sometido a la conclusión anticipada del juicio oral. En este sentido, quedó acreditado que el acusado **E. R. O.** fue intervenido el día diez de marzo del año dos mil catorce, en circunstancias que pretendía ingresar al Establecimiento Penitenciario de Ayacucho, ciento diecisiete gramos de marihuana, acondicionada en el interior de sus calzados. Cabe resaltar que no hubo cuestionamiento sobre la responsabilidad penal; pero sí respecto a la pena impuesta.

5. El recurso impugnatorio del sentenciado **E. R. O.**, se refiere a la cantidad de pena impuesta por el Colegiado Superior. Al respecto, en la dosificación punitiva, existen criterios para que el juzgador pueda individualizar judicialmente la pena. Dentro de tal contexto, debe observarse el principio de proporcionalidad, establecido como criterio rector de la actividad punitiva del Estado para evitar la imposición de una sanción que sobrepase la medida justa de culpabilidad por el hecho que conduce a ponderar en el caso *sub exámine*, el daño y la trascendencia de la acción desarrollada.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO

361
gministr
seben
y m

6. La determinación judicial de la pena importa un proceso intelectual del juzgador, de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión; siendo así, la graduación de la sanción debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena a toda consideración subjetiva; en ese sentido, debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva.

7. En ese sentido, cabe significar que la imposición de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal [que vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y vista la proporcionalidad como límite máximo], como los artículos 45° 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 de la pena.

8. En cuanto a la determinación legal de la pena, debemos remitirnos a la pena conminada prevista para el ilícito de tráfico lícito de drogas – tipo agravado, que, de acuerdo al artículo 297°, numeral 4), primer párrafo, del Código Penal, se encuentra en un rango punitivo no menor de quince ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad.

9. Situados en este primer ámbito de determinación legal de la pena, resta precisar la magnitud cuantitativa de la sanción. En este punto, cabe señalar que entre los presupuestos para fundamentar y determinar la pena que prevé el artículo 45° del Código Penal, se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, el nivel de su cultura y costumbres [el acusado tiene instrucción superior incompleta, de ocupación agente penitenciario del INPE]; como también, carencia de antecedentes penales





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO

562
quince
sesos
y de

y judiciales, conforme se observa en los certificados respectivos, obrantes a folios ciento cincuenta y cuatro y ciento sesenta y cinco de autos; estos factores o elementos, no fundamentan *per se* una rebaja por debajo del mínimo legal, es decir, de los quince años de pena privativa de libertad. Se tratan de circunstancias genéricas de atenuación que sólo permiten aplicar la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta - artículo 46° del texto normativo; por lo que la pena concreta sería solo el mínimo legal - quince años de privación de libertad-.

10. De este mínimo legal, debe aplicarse la reducción por bonificación procesal, que faculta la conclusión anticipada del juicio oral, conforme al Acuerdo Plenario número 05 - 2008/CJ - 116, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho [fundamento jurídico vigésimo tercero]; que implica una disminución punitiva hasta un séptimo de la pena concreta. Por lo que, reduciendo la pena por la circunstancia atenuante ya mencionada, y en atención al Principio de Proporcionalidad, la pena quedaría en diez años de pena privativa de libertad; la misma que resulta razonable y proporcional, surtiendo de manera eficaz los efectos preventivos generales, en función a la finalidad de la pena. Esta disminución punitiva tiene en consideración la clase de droga y la cantidad que se pretendía introducir al Establecimiento Penal de Ayacucho. Se trataba de ciento diecisiete gramos de marihuana, que apenas traspasa el límite establecido en el artículo 298°, último párrafo del Código Penal, cuya pena máxima es de diez años de pena privativa de libertad; por lo que este Supremo Tribunal, la considera justa para este caso concreto.

11. Por otro lado, respecto a la confesión sincera; siguiendo a la doctrina jurisprudencial de esta Corte Suprema de Justicia, establecida en el Acuerdo Plenario N°5-2008/CJ-116, respecto a la aplicación del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; se trata de una





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO



563
primados
por
tres

atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos, debiendo ésta ser relevante para los efectos de la investigación de los hechos, a la par que evidencie una voluntad de colaboración a los fines del ordenamiento jurídico, que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. Para ello, la confesión debe ser completa, veraz, persistente, oportuna y relevante.

12. Siendo ello así, en lo atinente al agravio formulado por el encausado **E. R. Q.** respecto a la confesión sincera; es menester significar que, dicha presunción no se presentó cuando fue intervenido en flagrancia, esto es, en posesión de la marihuana, por lo que la confesión no origina efectos de reducción de pena, al no tener relevancia para el descubrimiento del delito.

13. No es cierto, de otro lado, que la Sala Penal Superior no haya tenido en cuenta que el sentenciado **E. R. Q.** sea un reo primario, sus carencias sociales, así como los Principios de Proporcionalidad, de Resocialización y de Legalidad; toda vez que, si nos remitimos a la resolución impugnada, específicamente, al fundamento octavo, se advierte que el Tribunal Superior determinó la pena concreta, teniendo en cuenta tales aspectos. En este sentido, debe estimarse parcialmente el recurso defensivo del acusado **E. R. Q.** rebajándosele la pena impuesta hasta límites razonables.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON: HABER NULIDAD** en la Sentencia de fojas quinientos diecinueve, de fecha diez de setiembre de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en el extremo que le impuso al condenado **E. R. Q.**



404
privatiz
Sub
yu



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2849-2015
AYACUCHO

E. R. Q. doce años de pena privativa de libertad; como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo de estupefacientes mediante actos de tráfico - tipo agravado, en agravio del Estado; y reformándola le **IMPUSIERON DIEZ años de pena privativa de libertad**; la misma que computada con el descuento de la carcelería que viene sufriendo, desde el diez de julio del año dos mil catorce, vencerá el nueve de julio del año dos mil veinticuatro; **Y NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.-



S.S.

[Redacted signature area]

[Handwritten signatures]

W/techo

SE PUBLICO CONFORME A LEY
[Signature]
Secretaria (e)
Segunda Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

21 JUN 2017

585

2º SALA PENAL LIQUIDADORA
 EXPEDIENTE : 01418-2014-0-0501-JR-PE-05
 RELATOR : [REDACTED]
 MINISTERIO PUBLICO : FISCALIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRAFICO
 ILICITO DE DROGAS : [REDACTED]
 IMPUTADO : E. R. Q.
 DELITO : FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Resolución Nro. 33
 Ayacucho, 18 de julio de 2017.-

Por devuelto el expediente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, adjuntando la resolución suprema, que declara: i) haber nulidad en la sentencia de fecha diez de setiembre de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en el extremo que le impuso al condenado [REDACTED] doce años de pena privativa de libertad; como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo de estupefacientes mediante actos de tráfico - tipo agravado, en agravio del Estado; y reformándola le impusieron DIEZ años de pena privativa de libertad; la misma que computada con el descuento de la carcelería que viene sufriendo, desde el diez de julio del año dos mil catorce vencerá el nueve de julio de dos mil veinticuatro y NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene y los devolvieron; estando a lo resuelto; CÚMPLASE LO EJECUTORIADO, previa extracción de la Ejecutoria Suprema por el Responsable de Mesa de Partes Única de las Salas Superiores; REMÍTASE los Boletines de Condena del sentenciado [REDACTED] E. R. Q.; por lo demás EXPÍDASE copias certificadas de la sentencia y Ejecutoria Suprema, al sentenciado antes mencionado; sin perjuicio de remitir (por triplicado) copias de las mismas al señor Director del Establecimiento Penitenciario de Ayacucho, con tal fin OFICIESE; y cumplido que fuera REMITASE al Juzgado de origen para los fines de ejecución de la sentencia (art. 337 del C de PP). Atendiendo el escrito N° 11030-2016 mediante el cual se remite el escrito N° 94162-2015 y el escrito N° 2238-2016 mediante el cual se remite el escrito N° 64016, 64009-2015; informando la inexistencia de cuenta del sentenciado; ESTESE a la presente resolución. Quedando reconfirmada la sala por los señores Jueces Superiores que suscriben en mérito de la Resolución Administrativa N° 0305-2017-P-CSJAY/PJ. Actuando con la relatora de sala que da cuenta.

S.S.

[REDACTED] 

[REDACTED] 

[REDACTED] 

[REDACTED] 

SECRETARÍA DE SALA
 2ª Sala Penal Liquidadora de Huamanga
 Corte Superior de Justicia de Ayacucho/P.J.