

CONCURSO REAL DE DELITOS Y DELITO CONTINUADO

Sumilla.

- I. El procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO ha sido condenado como autor de dos ilícitos plenamente independientes: de un lado, delito de microcomercialización por el hecho ocurrido el diecinueve de diciembre de dos mil catorce; y, de otro lado, el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas por el hecho acaecido el diecinueve de marzo de dos mil quince. Por el primer delito se le impuso una pena de tres años. Mientras que por el segundo delito se le aplicó una pena de siete años. La sumatoria de ambas sanciones arrojó un total de diez años de privación de libertad (pena conjunta).
- II. Se materializaron dos delitos autónomos. No se trató de un solo hecho delictivo, disgregado en distintas acciones materiales encaminadas y/o conectadas, en su vertiente subjetiva, por el mismo designio criminal. Por el contrario, existió fragmentación fáctica en la ejecución de los delitos y se forjaron dos periodos escindibles en el tiempo. Entre ellos emerge una diferencia de tres meses, lo que evidenció una desconexión temporal absoluta. La producción de acciones delictuales distantes en su cronología no refleja una continuidad delictiva plena, sino diferentes actuaciones que dan lugar a ilícitos individuales. Además, si bien ambos constituyen delitos contra la salud pública (similar bien jurídico), no es tangible que en su perpetración haya existido una mecánica común (distinto *modus operandi*).
- III. Lo razonable es la existencia de un concurso real de delitos. La valoración fáctica-jurídica realizada por el Tribunal Superior se ajustó al principio de legalidad. Existió una correcta motivación, así como una interpretación objetiva de la ley penal sustantiva. La sentencia de vista no será casada. El recurso de casación promovido por el sentenciado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO se declara infundado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO contra la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas setenta y cinco, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, que lo condenó

como autor de los delitos contra la salud pública-microcomercialización y promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ambos en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, se le impuso trescientos días multa y se fijó como reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO. La señora fiscal adjunta provincial, mediante requerimiento de fojas uno, del cinco de abril de dos mil dieciséis, formuló acusación contra LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO por el delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado. Solicitó que se le imponga diez años de pena privativa de libertad, el pago de trescientos diez días multa y se fije como reparación civil la suma de dos mil soles. Posteriormente, en el auto de enjuiciamiento de fojas veinte, del nueve de mayo de dos mil dieciséis, el mencionado dictamen fiscal fue saneado. Asimismo, se emitió el auto de citación a juicio oral de fojas veintitrés, del primero de julio de dos mil dieciséis.

SEGUNDO. Llevado a cabo al juzgamiento, el juez penal unipersonal, mediante sentencia de fojas setenta y cinco, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, condenó a LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO como autor de los delitos contra la salud pública-microcomercialización y promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ambos en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, se le impuso trescientos días multa y se fijó como reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar a favor de la parte agraviada.

TERCERO. Contra la mencionada sentencia, el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO interpuso recurso de apelación de fojas ciento uno, del cinco de septiembre de dos mil dieciséis. Dicha impugnación fue concedida por auto de fojas ciento cinco, del ocho de septiembre de dos mil dieciséis. Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§. PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO. En la audiencia de apelación no se incorporaron medios probatorios ni se oralizaron instrumentales; en cambio, sí se realizaron los alegatos finales de los sujetos procesales concernidos, según emerge del acta de fojas ciento veintitrés. El Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia en todos sus extremos. Los hechos declarados probados, fueron los siguientes:

I. Delito de microcomercialización

4.1. El diecinueve de diciembre de dos mil catorce, a las veintiún horas con veinte minutos, en circunstancias en que los efectivos policiales Juan Ventura Mayorga, Víctor Quispe Quispe, Heidy Janet Arango Arias, Dalmer López Cáceres y Juan Carlos Cárdenas Yucra, integrantes del Grupo de Inteligencia Táctico Urbano-Terna G siete, se encontraban de servicio realizando acciones operativas contra el tráfico ilícito de drogas, por las inmediaciones de la calle Sánchez Cerro, en el distrito de Hunter, al costado del colegio San Juan de Dios, observaron estacionado el vehículo de placa de rodaje número V dos E-cuatrocientos veintinueve, en cuyo interior se encontraban el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO y Orlando Daniel Tunco Condemayta. Este último fue intervenido luego de bajar del citado vehículo. Al practicársele el registro personal se le encontró en el bolsillo izquierdo de su pantalón cuatro envoltorios tipo kete, que

contenían pasta básica de cocaína. Dicho estupefaciente le había sido vendido momentos antes por el acusado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO.

4.2. El imputado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO fue detenido al interior del mencionado vehículo. Se le realizó el registro correspondiente y se halló en el bolsillo izquierdo de su casaca, ciento cuarenta envoltorios de papel periódico, tipo kete; además, en la puerta del conductor se encontró una bolsa de plástico de color negro con otros doscientos cincuenta envoltorios, así como un billete de cien soles, tres billetes de veinte soles, cuatro billetes de diez soles, dos billetes de un dólar, siete monedas de cinco soles, once monedas de dos soles, veinticuatro monedas de un sol, once monedas de cincuenta céntimos, treinta monedas de diez céntimos y trece monedas de veinte céntimos.

4.3. Efectuado el pesaje y análisis respectivo, se determinó lo siguiente: en primer lugar, que Orlando Daniel Tunco Condemayta poseía cero punto cincuenta y ocho gramos de pasta básica de cocaína. En el examen toxicológico dio positivo para cocaína, lo que demostró que era consumidor de droga. En segundo lugar, que el acusado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO estuvo en poder de doce punto cuarenta y seis gramos de pasta básica de cocaína. La droga incautada en el vehículo donde fue capturado tenía la misma denominación, pero su peso ascendía a veintitrés punto ocho gramos. En total, fueron treinta y cinco punto cincuenta y cuatro gramos. Se estableció que si bien la muestra de orina de este último arrojó positivo para cocaína, por la cantidad de envoltorios que le fueron encontrados, tenía la condición de microcomercializador.

II. Delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas

4.4. El diecinueve de marzo de dos mil quince, a las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos, personal policial de la DEPENDENCIA se ubicó

en el ingreso de los sectores conocidos como Bellavista Hunter y Chilpinilla. En ese contexto, apareció el vehículo de placa de rodaje número V uno X-trescientos cincuenta y nueve, conducido por Wilber Rene Quispe Calla, en el cual iba como copiloto el encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO. Ambos fueron intervenidos en la cuadra uno del pasaje Los Andes. Se efectuó el registro al referido procesado y se le halló en sus partes íntimas una bolsa con quinientos envoltorios de pasta básica de cocaína, con un peso de sesenta y tres punto veintiséis gramos. Dicha droga era comercializada bajo la modalidad de *delivery*, en el distrito de Hunter.

QUINTO. Frente a la sentencia de vista acotada, el imputado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO promovió el recurso de casación de fojas ciento cuarenta y seis, de fecha primero de diciembre de dos mil dieciséis. Mediante auto de fojas ciento cincuenta y cuatro, de fecha seis de enero de dos mil diecisiete, la citada impugnación fue admitida. El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§. PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA SUPREMA

SEXTO. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo cuatrocientos treinta, numeral seis, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas cuarenta y ocho (en el cuadernillo supremo), del veintidós de marzo de dos mil diecisiete. Se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve, numerales uno y tres, del mencionado Código Adjetivo.

SÉPTIMO. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones y cédulas de fojas cincuenta y cuatro, y cincuenta y cinco (en el cuadernillo supremo), se emitió el decreto de fojas sesenta y cuatro (en el cuadernillo supremo), del

once de septiembre de dos mil dieciocho, que señaló como fecha para la audiencia de casación el diez de octubre del mismo año.

OCTAVO. En la mencionada fecha se realizó la audiencia de casación y se celebró la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como se indicó precedentemente, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO por las causales reguladas en el artículo cuatrocientos veintinueve, numerales uno y tres, del Código Procesal Penal. El motivo casacional se circunscribe a evaluar si los criterios asumidos por la Sala Penal Superior son válidos para determinar que los hechos objeto de condena penal configuran un concurso real de delitos, y no se instituyen como un delito continuado.

SEGUNDO. El punto crucial para la dilucidación jurídica estriba en establecer si, en el presente caso, existe una pluralidad de hechos que concretizan delitos independientes, o si, por el contrario se está frente a un solo comportamiento punible, reiterado en el tiempo, proveniente de un mismo ideal delictivo. Siguiendo una perspectiva normativa, corresponde recurrir a las definiciones previstas por la ley sustantiva. El concurso real, según el artículo cincuenta del Código Penal, tiene lugar "Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes [...]". Por su parte, el delito continuado, al amparo del artículo cuarenta y nueve del Código Penal, se verifica "Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con

actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado [...]".

TERCERO. Conviene recordar, a tenor con la jurisprudencia emitida por esta Sala Penal Suprema, la diferencia entre un concurso real homogéneo y un delito continuado. En el primero, existe pluralidad de delitos relacionados con infracciones de la misma especie. Pero estos delitos, salvo la vinculación que tienen a través de su autor (vinculación subjetiva), no guardan entre sí conexión alguna. En cambio, en el segundo, la pluralidad de acciones homogéneas (que infringen la misma norma penal o una de igual o semejante naturaleza), si bien se realizan en distinto tiempo, se dan análogas ocasiones y todas responden a una misma resolución criminal. Hay identidad específica del comportamiento delictivo así como un nexo temporal-especial de los actos individuales¹. En términos dogmáticos, el delito continuado opera impidiendo la aplicación de las consecuencias punitivas del concurso real.

CUARTO. Los requisitos legales del concurso real son los siguientes: pluralidad de acciones; pluralidad de delitos independientes; y, unidad de autor². Del mismo modo, el delito continuado requiere, sustancialmente: **a)** pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; **b)** identidad de sujeto activo; **c)** elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; **d)** homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la

¹ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número dos mil doscientos noventa y seis-dos mil diecisiete/Ventanilla, del veinticinco de enero de dos mil dieciocho, fundamento jurídico tercero, tres punto tres y tres punto cuatro.

² SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/CJ- ciento dieciséis, del trece de noviembre de dos mil nueve, fundamento jurídico sexto.

uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; **e)** elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y **f)** una cierta conexidad espacio-temporal³.

QUINTO. Refuerza lo expuesto que el delito continuado exige no solo la afectación del mismo bien jurídico (verbigracia: queda descartada la continuación entre el hurto y el robo, o entre las lesiones y el homicidio). Además, resulta necesario que los diversos hechos tengan una cierta similitud exterior. Es posible, por lo tanto, que entre ellos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos exista una cierta cercanía temporal y especial⁴.

SEXTO. Habiéndose desarrollado la doctrina aplicable, en el análisis de fondo se pondera que el principio de intangibilidad fáctica no autoriza a este Tribunal Supremo a modificar o poner en duda el *factum* acreditado en las instancias judiciales previas. Por ello, no cabe: **i)** modificar los hechos probados radicalmente en su integridad; **ii)** alterar su contenido parcialmente; **iii)** condicionar el mismo o desviarlo de su sentido; **iv)** interpolar frases; **v)** alterar, modificar, sumar o restar a la narración fáctica extremos que no contiene; o, **vi)** expresar intenciones inexistentes o deducir consecuencias que traten de desvirtuar su contenido⁵.

SÉPTIMO. En observancia del principio mencionado, consta acreditado que el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO ha sido condenado como autor dos ilícitos plenamente independientes: de un lado, delito de microcomercialización, por el hecho ocurrido el diecinueve de

³ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Recurso de Casación número seiscientos veinticinco/dos mil quince, del veintidós de diciembre de dos mil quince, fundamento jurídico diez.

⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Madrid: Editorial Hammurabi, 1999, p. 586.

⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés y ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2016, p. 336.

diciembre de dos mil catorce; y, de otro lado, delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, por el hecho acaecido el diecinueve de marzo de dos mil quince. Por el primer delito se le impuso una pena de tres años. Mientras que por el segundo delito se le aplicó una pena de siete años. La sumatoria de ambas sanciones arrojó un total de diez años de privación de libertad (pena conjunta).

OCTAVO. Se materializaron dos delitos autónomos. No se trató de un solo hecho delictivo, disgregado en distintas acciones materiales encaminadas y/o conectadas, en su vertiente subjetiva, por el mismo designio criminal. Por el contrario, existió fragmentación fáctica en la ejecución de los delitos y se forjaron dos periodos escindibles en el tiempo. Entre ellos emerge una diferencia de tres meses, lo que evidenció una desconexión temporal absoluta. La producción de acciones delictuales distantes en su cronología no refleja una continuidad delictiva plena, sino diferentes actuaciones que dan lugar a ilícitos individuales. Además, si bien ambos constituyen delitos contra la salud pública (similar bien jurídico), no es tangible que en su perpetración haya existido una mecánica común (*distinto modus operandi*).

NOVENO. Un dato esclarecedor lo constituye el hecho de que, en la fase de investigación preparatoria, mediante resolución de fojas sesenta (en el expediente judicial), se declaró fundada la solicitud de acumulación postulada por el imputado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO, y se dispuso acumular la carpeta fiscal de la investigación seguida en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas, a la concernida por el ilícito de microcomercialización. La mencionada decisión está referida a la conexión jurídica por tratarse del mismo "tipo penal". En ningún momento se hizo alusión a que tales acciones sean constitutivas de un mismo hecho punible. De ahí que, en el caso juzgado, no confluyen los

requisitos del delito continuado detallados en los considerandos tercero, cuarto y quinto *supra*.

DÉCIMO. Lo razonable es la existencia de un concurso real de delitos. La valoración fáctica-jurídica realizada por el Tribunal Superior se ajustó al principio de legalidad. Existió una correcta motivación, así como una interpretación objetiva de la ley penal sustantiva. La sentencia de vista no será casada. El recurso de casación promovido por el sentenciado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO se declara infundado.

UNDÉCIMO. El artículo quinientos cuatro, numeral dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas procesales serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo cuatrocientos noventa y siete, numeral dos, del citado Código Adjetivo. Le corresponde al encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO asumir tal obligación procesal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO contra la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas setenta y cinco, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor de los delitos contra la salud pública-microcomercialización y promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ambos en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, se le impuso trescientos días multa y se fijó por

concepto de reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada.

II. CONDENARON al imputado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO al pago de las costas procesales correspondientes, que serán exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.

III. DISPUSIERON que se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen. Hágase saber y archívese.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/ecb.