

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 895-2018/LIMA SUR
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Pluralidad de agentes

Sumilla. Si bien la prueba de cargo actuada revela ostensiblemente la intervención de más de tres personas en el hecho, con independencia del dato procesal de la no presencia en el juicio de cuatro acusados, cuya actuación en un contexto delictivo debe afirmarse, como incluso se desprende del propio fallo de instancia –a menos que ulteriormente en el juicio que se realice contra ellos en su presencia surja una prueba de descargo esencial que elimine esa intervención punible de más de tres personas en la comisión delictiva–, como quien impugnó fue la parte civil –cuya legitimación está vinculada al objeto civil del proceso– no es posible un pronunciamiento revocatorio o anulatorio al respecto –claramente circunscripto al objeto penal del proceso–. El ámbito del recurso de nulidad –ante la falta de un recurso acusatorio propiamente penal– lamentablemente no puede comprender este extremo.

Lima, veintitrés de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el ABOGADO ADSCRITO A LA PROCURADURÍA PÚBLICA A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR RELATIVOS A TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS y por la encausada CELIA MARISOL QUISPE SOTO contra la sentencia de fojas mil ochocientos diecisiete, de seis de febrero de dos mil dieciocho, en cuanto (i) absolvió a Beatriz Yolanda Ayala Vega y Celia Marisol Quispe Soto de la acusación fiscal formulada contra ellas por delito de tráfico ilícito de insumos químicos –básico para la primera y agravado para la segunda– en agravio del Estado; y, (ii) condenó a Celia Marisol Quispe Soto como coautora del delito de tráfico de insumos químicos –tipo básico– en agravio del Estado a cinco años de pena privativa de libertad, ciento veinte días multa e inhabilitación, así como al pago de seis mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DE LA PROCURADURÍA Y DE LA IMPUTADA

PRIMERO. Que el Abogado Adscrito de la Procuraduría Pública del Estado en su recurso formalizado de fojas mil ochocientos setenta y cinco, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho, instó la anulación de la absolución de la encausada Ayala Vega y de la encausada Quispe Soto por el delito agravado de tráfico ilícito de insumos químicos (artículo 297 apartado 6 del Código Penal), el aumento de la reparación civil y desestimación implícita de la consecuencia accesoria de decomiso del camión utilizado para el delito.

Alegó que la prueba indiciaria vincula a la encausada Ayala Vega con el transporte de los insumos químicos decomisados –ella participaba activamente en los negocios con su marido, el contumaz Egoavil Díaz, y solicitó un préstamo bancario para la adquisición del camión, así como estaba presente cuando se produjo la intervención de Aduanas y de la Policía–; que la absolución de la acusada Quispe Soto, respecto de la circunstancia agravante, no es de recibo porque se trató de una acción concertada entre varias personas –todos ellos ausentes y el contumaz Egoavil Díaz–, y no es lógico condenarla por el tipo básico sino por el sub tipo agravado; que el monto fijado por concepto de reparación civil no es razonable, en atención a la cantidad superior de insumos químicos decomisados (tres mil doscientos cuarenta y seis punto setenta kilogramos de acetona) y la cantidad de drogas que con ellos pudo elaborarse (doscientos setenta punto cincuenta y cinco kilos de clorhidrato de cocaína), y al número de implicados en el delito (siete); que, por último, no se advirtió que el decomiso procede aun cuando el bien pertenezca a terceros, y si medió un pronunciamiento condenatorio era del caso disponer esa medida.

SEGUNDO. Que la encausada Quispe Soto en su recurso formalizado de fojas mil ochocientos sesenta y siete, de veinte de febrero de dos mil dieciocho, solicitó la absolución de los cargos. Arguyó que no se le permitió defenderse del cargo por el delito previsto en el artículo 296-B, primer párrafo, del Código Penal; que la imputación se centró en un delito con agravantes, de la cual se dictó sentencia absolutoria; que se valoró la declaración de su coimputada Ayala Vega, quien sin pruebas indicó que contrató los servicios de Egoavil Díaz para el traslado de abarrotes de Lima a Ayacucho, sin examinar los presupuestos fijados por el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, así como se le dio un valor injustificado al

testimonio de Raquel Mayra Pariona Cortez; que como en el camión se encontró el *corpus delicti* debe responder el chofer Egoavil Díaz; que no se valoró las pruebas de descargo y los contra indicios.

§ 2. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

TERCERO. Que, según la acusación fiscal de fojas mil, subsanada a fojas mil ciento diecisiete, y, parcialmente, de la sentencia de instancia, los hechos relevantes son los siguientes:

1. El día diecinueve de febrero de dos mil quince, como a las veintiuno horas y cincuenta minutos, personal PNP de la DIREJANDRO en coordinación con personal de la SUNAT, luego de la revisión del camión de placa de rodaje W dos O guión ochocientos veintitrés, marca Nissan, colores blanco-verde, realizada en el Peaje de Pucusana (kilómetro sesenta y cinco y medio de la Panamericana Sur – Lima), que iba en dirección Norte a Sur con destino a Ayacucho, conducido por el encausado contumaz Rubén Odar Egoavil Díaz y en el que iban como acompañantes las encausadas presentes Ayala Vega (esposa) y Quispe Soto –la primera absuelta y la segunda condenada en primera instancia–, se descubrió que, oculto bajo productos de primera necesidad (abarrotes), tres bidones de plástico transparente con un peso de ochenta y cinco punto cincuenta kilogramos, una galonera o bidón pequeño color verde con un peso de catorce punto setenta kilogramos y dieciocho cilindros metálicos de color azul con un peso aproximado de tres mil ciento cuarenta y seis punto cincuenta kilogramos, lo que hacía un total de tres mil cuatrocientos sesenta punto setenta kilogramos de insumos químicos fiscalizados (acetona y solvente orgánico aromático) –en adelante, IQF–.
2. Los autores de la adquisición, posesión y ulterior transporte de los insumos químicos fiscalizados eran los encausados ausentes Fortunato Padilla Gamaniel (a) “Papacho”, Felicitas Galindo Guerra (a) “Mamácha” y Armida Padilla Galindo –hija de los dos encausados precedentes–. Ellos y los demás encausados: Egoavil Díaz, Ayala Vega y Quispe Soto buscaron trasladar los IQF a Ayacucho bajo la apariencia de un transporte de abarrotes, utilizando la razón social “Hidkar EIRL”, representada por Javier Palomino Martínez, con domicilio fiscal en Ayacucho.
3. La encausada Ayala Vega, conviviente de Egoavil Díaz, conductor del camión intervenido, lo acompañó a sabiendas que transportaba IQF. Ambos recogieron la mercadería delictiva y después se compró los productos de primera necesidad.
4. La encausada Quispe Soto acudió el día diecinueve de febrero de dos mil quince al mercado de productores de Santa Anita para encontrarse con

Egoavil Díaz y cargar los abarrotes en el camión internado por encargo de Fortunato Padilla Gamaniel (a) "Papacho".

§ 3. DEL EXAMEN DE LAS PRETENSIONES IMPUGNATIVAS

CUARTO. Que la realidad del *corpus delicti* se establece con el mérito del Parte número veinte guión cero dos guión dos mil quince guión DIREJANDRO guión PNP oblicua DIVICDIQ guión DCG punto GCP de fojas tres, el acta de incautación de la SUNAT de fojas quinientos cincuenta y nueve, el Informe número cero cero cero quince guión dos mil quince guión SUNAT oblicua seis C tres mil de fojas setecientos treinta, y, en especial, la pericia química de fojas quinientos ochenta: lo decomisado corresponde a acetona. De la diligencia de ratificación plenaria de fojas mil setecientos veintiséis, se desprende que la acetona es un IQF –debe estar autorizado por la SUNAT– destinado a la elaboración de droga (para un kilo de clorhidrato de cocaína se necesita doce kilos de acetona). Lo decomisado asciende a tres mil cientos cuarenta y seis punto cuarenta kilogramos de acetona y/o metil etil cetona, y cien punto dos kilogramos de acetona.

De la declaración de los funcionarios que intervinieron el camión se advierte que los cilindros y bidones estaban camuflados de tal manera que no se veían; que una vez que se sacó toda la mercadería (abarrotes), observaron en la parte de debajo de un cartón, que al romperlo descubrieron los bidones; que éstos carecían de guías; que los bidones se encontraban en el centro del camión y en los bordes había mercadería [fojas mil setecientos cuatro vuelta].

QUINTO. Que para encubrir la ilicitud del transporte de los IQF y pasarla camuflada junto con abarrotes se utilizó la razón social HIDKAR EIRL, representada por el encausado absuelto Javier Palomino Martínez [véase acta de registro vehicular de fojas cuarenta y seis a cuarenta y siete]. Este último declaró que no conoce a los encausados en esta causa y puntualizó que se utilizó fraudulentamente el nombre de la empresa de la que es titular –él no adquirió mercadería alguna en Lima el diecinueve de febrero de dos mil quince ni realiza adquisiciones en el Mercado de Productores, además los productos que adquiere se le entregan en su almacén– [declaración preliminar de fojas doscientos uno, declaración instructiva de fojas seiscientos cuatro y declaraciones plenarias de fojas mil seiscientos cincuenta y cinco y mil seiscientos sesenta y uno].

SEXTO. Que la encausada Quispe Soto sostuvo ser comerciante ambulante en el Mercado Las Piedras, en Huaycán; que fue contratada por los

encausados ausentes Fortunato Padilla Gamaniel (a) "Papacho" y Felicitas Galindo Guerra (a) "Mamacha" para vender mercadería en Ayacucho, y que debía contactarse con su coimputado contumaz Egoavil Díaz para el transporte de la misma; que en el Mercado de Productores, conjuntamente con Padilla Gamaniel, Galindo Guerra y Padilla Galindo –hija de los dos encausados precedentes– efectuaron el transporte de mercadería en diferentes puestos de venta, y luego conjuntamente con Padilla Galindo fue al Hostal donde esos tres se alojaban para sacar dinero y pagar la misma; que como esa carga se demoraría en concluir se fue a almorzar y recién la llamaron como a las veinte horas y treinta minutos horas para iniciar el viaje hacia Ayacucho; que cuando el camión fue intervenido por la Policía llamó a Padilla Gamaniel; que en el acto oral acotó que conocía a Egoavil Díaz porque le había vendido un camión y fue quien, ante el pedido de Padilla Gamaniel, lo vinculó para el transporte de la mercadería hacia Ayacucho; que es ajena a los IQF decomisados y presume la vinculación de los mismos por parte de Padilla Gamaniel, Galindo Guerra y Padilla Galindo por ser los dueños de la mercadería [fojas ciento sesenta y nueve, ciento ochenta y dos, seiscientos cincuenta y uno, mil seiscientos sesenta y nueve, mil seiscientos setenta y nueve y mil seiscientos noventa y ocho].

SÉPTIMO. Que la encausada recurrida Ayala Vega, asimismo, negó los cargos. Acotó que es comerciante de ropa para niños en el Mercado Arenera en Huaycán; que el día de los hechos, en horas de la tarde, la llamó su esposo, el encausado Egoavil Díaz, para que lo acompañe en un viaje a Ayacucho; que su coencausada Quispe Soto requirió los servicios de su esposo para el transporte de mercadería –lo contrató el día anterior, para lo cual fue a su domicilio–; que no fue al Mercado de Productores y subió al camión como a las diecinueve horas y treinta minutos horas en el Puente de Santa Anita.

OCTAVO. Que el encausado Egoavil Díaz apuntó que la encausada Quispe Soto –a quien le compró un camión hacía un año– le pidió realizar un transporte de mercadería desde el Mercado de Productores hacia Ayacucho; que en ese mercado también estaban presentes Padilla Gamaniel y Felicitas Galindo Guerra, y en la carga de la mercadería intervinieron dos estibadores y otros seis personas (dos mujeres y cuatro varones); que se fue a almorzar cuando cargaban la mercadería y se demoró tres horas aproximadamente, por lo que, no vio cuando se completó ese acto y, por tanto, es ajeno a los IQF decomisados; que se le llamó por teléfono –no pudo identificar la voz– (supone que el número de su teléfono se lo proporcionó Quispe Soto) y se le pidió que esta última

subiría al camión, lo que en efecto hizo pasando el peaje de Salamanca, al igual que a la altura del Puente Santa Anita hizo lo propio su esposa Ayala Vega.

NOVENO. Que, ahora bien, en cuanto a la situación jurídica de la encausada absuelta Ayala Vega, es de tener en cuenta que es pareja del encausado contumaz Egoavil Díaz, que intervino en la transferencia de un camión conjuntamente con este último [fojas doscientos cincuenta y dos] y pidió un crédito en la financiera Pro Empresa Sociedad Anónima para la adquisición del indicado camión, así como es cotitular del camión intervenido por la Policía que transportaba camuflado los IQF [fojas cuatrocientos ochenta y tres]. De igual manera, estuvo en el camión cuando fue objeto de intervención por Aduanas. Asimismo, la testigo Raquel Mayra Pariona Cortes, empleada de uno de los negocios que vendió la mercadería, apuntó que para recogerla fue el chofer –Egoavil Díaz– y vio también a una señora acompañada de dos niños –presuntamente Ayala Vega– y una señora embarazada –Quispe Soto– [véase declaración plenarial de fojas mil setecientos veintisiete vuelta y, específicamente, en el folio mil setecientos veintinueve vuelta].

En consecuencia, no solo la vincula Pariona Cortes –lo que descarta la versión que han proporcionado Egoavil Díaz y Quispe Soto– al señalar que no estuvo en el momento de la carga de la mercadería, sino que además la prueba documental confirma no solo la titularidad del camión intervenido, sino la línea común de participación en el negocio del transporte –con una adquisición previa de otro camión incluso–.

La absolución, por ende, no es fundada. Es de aplicación el artículo 301, parte final, del Código de Procedimientos Penales. Debe estimarse el recurso de la parte civil.

DÉCIMO. Que, en lo atinente a la situación jurídica de la encausada Quispe Soto, se tiene que ella intervino en el contacto para el transporte frustrado de lo decomisado al encausado Egoavil Díaz y a su esposa Ayala Vega –su versión ni siquiera es persistente en los tres momentos en que prestó declaración–. Además, se le encontró en el camión incautado por la Policía que sirvió como instrumento del delito y estuvo atenta a la recepción y carga de la mercadería en el camión de sus coimputados Egoavil Díaz y Ayala Vega [así: declaración ya citada de la empleada Pariona Cortes]. Igualmente, fue el nexa con los ausentes Fortunato Padilla Gamaniel (a) “Papacho”, Felicitas Galindo Guerra (a) “Mamacha” y Armida Padilla Galindo –hija de los dos encausados precedentes–, tanto más si condujo a la Policía al Hostal Imperial, cercano al Mercado de Productores donde estos se alojaban –declaraciones del efectivo policial

Espinoza Zanabria de fojas seiscientos nueve y mil setecientos treinta, en concordancia con el acta de constatación de fojas setenta y siete a setenta y ocho-. El alojamiento de los encausados ausentes Padilla Gamaniel, Galindo Guerra y Padilla Galindo en citado Hostal se consolida con las declaraciones de los administradores del mismo a fojas ciento ochenta y cinco y mil setecientos sesenta y uno, así como a fojas ciento noventa y mil setecientos sesenta y dos.

Dicha encausada finalmente reconoció el vínculo con los ausentes y el contacto que tenía con Egoavil Díaz y Ayala Vega, a quienes conocía con anterioridad. Incluso estuvo el acto de ingresar la mercadería al camión. Siendo así, no es atendible que en plena labor de incorporación de la mercadería al camión se ausente para almorzar.

A todo ello se une que se utilizó una razón social que no correspondía a los compradores de la mercadería, de modo que no pudo ser ajena a todos los intervinientes de las lógicas de sigilo y engaño que se utilizaron.

El recurso defensivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO. Que el Ministerio Público acusó a todos los encausados por la concordancia de los artículos 296-B del Código Penal, según la Ley 29037, de doce de junio de dos mil siete, y 297 apartado 6 del Código Penal, según la Ley número 30077, de veinte de agosto de dos mil trece. El Tribunal Superior, empero, no estimó aplicable la circunstancia agravante de pluralidad de intervinientes en el delito sobre la base formal –e incorrecta, por cierto– de que solo se juzgó a tres personas, una de ellas absuelta [véase sentencia de fojas mil ochocientos veintinueve]. En esta línea absolvió por la circunstancia agravante y condenó por el tipo básico, cuando en realidad –en esta perspectiva– debió aplicar el principio del *in dubio pro reo* y condenar directamente por el tipo básico. El desacierto técnico es patente.

Si bien la prueba de cargo actuada revela ostensiblemente la intervención de más de tres personas en el hecho, con independencia del dato procesal de la no presencia en el juicio de cuatro acusados, cuya actuación en un contexto delictivo debe afirmarse, como incluso se desprende del propio fallo de instancia –a menos que ulteriormente en el juicio que se realice contra ellos en su presencia surja una prueba de descargo esencial que elimine esa intervención punible de más de tres personas en la comisión delictiva–, como quien impugnó fue la parte civil –cuya legitimación está vinculada al objeto civil del proceso– no es posible un pronunciamiento revocatorio o anulatorio al respecto –claramente circunscripto al objeto penal del proceso–. El ámbito del recurso de nulidad –ante la falta de un recurso acusatorio propiamente penal– lamentablemente no puede comprender este extremo.

DUODÉCIMO. Que la Procuraduría Pública del Estado presentó, en tiempo hábil –tal como lo dispone el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales–, una pretensión civil alternativa en su escrito de fojas mil sesenta y dos, de siete de julio de dos mil dieciséis –el juicio oral se inició el veinte de marzo de dos mil diecisiete [fojas mil doscientos treinta y uno-A]–, y pidió se fije en cincuenta mil soles el monto de la reparación civil. El Tribunal Superior fijó sin embargo en seis mil soles dicho monto indemnizatorio.

Si se toma en consideración la gran cantidad IQF decomisados y lo que puede producirse de clorhidrato de cocaína –tal como ya se indicó: ver la ratificación plenarial de la pericia química de fojas mil setecientos veintiséis– es patente que el efecto dañoso para la salud pública resultaría significativo. La suma de seis mil soles no es razonable, por lo que, en función a lo inicialmente expuesto –magnitud y valor de lo incautado, así como su entidad expansiva de daño a la salud–, debe aceptarse íntegramente la pretensión de la Procuraduría Pública del Estado.

DECIMOTERCERO. Que, en lo concerniente al decomiso del camión donde se ocultó los IQF ocupados por la autoridad, se tiene que la Procuraduría Pública fijó como pretensión su decomiso y así lo solicitó en el acto oral [fojas mil setecientos setenta y dos vuelta y mil setecientos setenta y tres], pedido al que en el juicio se opuso la defensa de los acusados Egoavil Díaz y Ayala Vega [fojas mil setecientos setenta y cinco vuelta]. Luego, los principios de contradicción y acusatorio se cumplieron, y habilitan a un pronunciamiento de mérito.

Sobre el decomiso es de precisar que se trata de una consecuencia accesoria de una infracción penal –no es, desde la consideración del Código Penal, una pena y, por ende, no integra el objeto penal del proceso–. Es una medida restauradora o de corrección patrimonial distinta de la pena –tiene un carácter más bien administrativo, pertenece al derecho administrativo de policía en orden a las potestades ablatorias de la Administración–. El camión es, propiamente, un instrumento del delito –el delito juzgado es doloso y en él intervino en un contexto delictivo varias personas, entre ellas los encausados Egoavil Díaz y Ayala Vega, propietarios del mismo–. Tratándose de instrumentos del delito el fundamento del decomiso es la peligrosidad objetiva del bien –su uso para la comisión de nuevos delitos similares–, y la finalidad de la medida es la eliminación de tal peligrosidad.

El supuesto de hecho del artículo 102 del Código Penal no es penal, el hecho solo se realizó en un contexto global en que también se ha perpetrado un hecho punible y se muestra conexo a éste y, por esto,

accesorio del mismo, del delito, pero no de la pena. No hace falta, pues, una condena al titular del camión. Solo basta que el bien se utilice para la comisión delictiva –como en efecto se hizo– y que el titular, aun cuando no sea responsable criminal y lo adquirió lícitamente, no sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa, a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos –no fue una persona diligente– [véase: SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Delito & Proceso Penal*, Jurista Editores, Lima, 2017, pp.171-179].

DECIMOCUARTO. Que, en el presente caso, existe el vínculo entre el camión y los encausados antes citados, y es claro que ellos y los demás reos ausentes actuaron en un contexto delictivo: transporte de IQF destinados a la elaboración de droga. En todo caso, ni siquiera fueron diligentes para evitar la utilización delictiva del camión; ellos no dan garantía de un uso legal del camión. El comiso pues se impone. El recurso acusatorio, en este punto, también debe ampararse.

DECIMOQUINTO. Que, respecto de la pena de inhabilitación, ésta es temporal. El Tribunal Superior omitió esta precisión, por lo que debe imponerse el tiempo menor de duración legal de la misma. De otro lado, impuso la incapacitación de pérdida del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela (artículo 36 apartado 5 del Código Penal), pero este derecho no está vinculado o guarda relación causal con el delito cometido, por lo que debe excluirse.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal: **I. Declararon NULA** en la sentencia de fojas mil ochocientos diecisiete, de seis de febrero de dos mil dieciocho, en cuanto **absolvió a Beatriz Yolanda Ayala Vega** de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de tráfico ilícito de insumos químicos en agravio del Estado; en consecuencia, **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado. **II. Declararon NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que condenó a Celia Marisol Quispe Soto como coautora del delito de tráfico de insumos químicos –tipo básico– en agravio del Estado a cinco años de pena privativa de libertad, ciento veinte días multa e inhabilitación. **III. Declararon HABER NULIDAD** en dicha sentencia en el extremo que fijó en seis mil soles por concepto de reparación civil; reformándola: **FIJARON** en cincuenta mil soles el monto por concepto

de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. **IV. DECRETARON** el decomiso definitivo del camión de placa de rodaje W dos O guión ochocientos veintitrés y su traslado a la esfera de titularidad del Estado, dictándose las medidas necesarias para su concreción. **V. PRECISARON** que el tiempo de duración de la pena de inhabilitación será de seis meses, y **ANULARON** la incapacitación prevista en el inciso 5 del artículo 36 del Código Penal. **VI. Declararon NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **VII. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley, sin perjuicio de remitir copia al Juez competente para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria ratificada por este Tribunal Supremo y del decomiso del camión utilizado como instrumento del delito. Intervino la señora jueza suprema Iris Pacheco Huancas por licencia del señor juez supremo Aldo Figueroa Navarro. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

CHÁVEZ MELLA
CSM/egot.

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

11 9 MAR 2019