

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 2747-2017/LIMA SUR
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Subsanación de acusación, decomiso y reparación civil del tercero civil responsable

Sumilla. 1. En el período inicial del juicio oral, el Fiscal solo puede, de cara al conocimiento de los cargos, exponer sucintamente los términos de la acusación escrita; por tanto, no cabe una modificación de la acusación, salvo simples errores materiales. La forma cómo procedió el Fiscal, aceptada por el órgano jurisdiccional, vulneró el debido proceso y ocasionó indefensión material en el imputado, lo cual es causal de nulidad. **2.** El decomiso se dicta bajo determinados presupuestos materiales y requiere una fundamentación específica. La acusación fiscal no fijó pretensión alguna al respecto. La entrega del camión que en su día se incautó, en tanto se trató de una medida de coerción real, que no causa estado, no limita la posibilidad de una pretensión concreta respecto de la consecuencia accesoria de decomiso, siendo del caso analizar la peligrosidad objetiva del camión y el defecto de organización que podría imputarse a la propietaria y a la empresa de transportes ANDINOS E.I.R.L. **3.** La reparación civil imputable al tercero civil está sujeta a criterios de imputación civil legalmente determinados. No se trata de un problema de desconocimiento de lo que en concreto hizo el administrador –de derecho o de hecho–, sino de determinar si se presentan los presupuestos materiales de derecho civil para imponer la reparación civil.

Lima, diecisiete de abril de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LIMA SUR, la señora PROCURADORA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS y el encausado NEMECIO CAHUI FLORES contra la sentencia de fojas mil quinientos cincuenta, de siete de julio de dos mil diecisiete, que (i) condenó a Nemecio Cahui Flores como autor del delito de tráfico de insumos químicos (artículo 296-B del Código Penal, según la ley número

29307, de doce de junio de dos mil siete) en agravio del Estado a siete años de pena privativa de libertad y ciento ochenta días multa, así como al pago de seis mil soles por concepto de reparación civil; y, (ii) absolvió a Inocente Milquiades Vigo Estrada, Cristian Japa León, Percy Alfredo Ilutari Coaquira y Juan Eusebio Pablo Gil Quispe de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de tráfico de insumos químicos en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

OÍDO el informe oral.

Intervino como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. *De las pretensiones impugnativas de las partes acusadoras y acusadas*

PRIMERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil quinientos noventa y tres, de veintiuno de julio de dos mil diecisiete, requirió se aumente la pena al condenado y se anulen las absoluciones a los demás encausados. Argumentó que existen suficientes elementos de prueba contra los absueltos, como el acta de extracción y lacrado de muestras, el acta de incautación, el acta de registro vehicular, la prueba de campo, extracción de muestra y comiso, lacrado, el acta de incautación de vehículo y documentos, y las manifestaciones de los propios imputados; que, de otro lado, el Tribunal no tomó en cuenta la circunstancia agravante del tipo penal (artículo 297, incisos 2 y 6, del Código Penal), cuya pena es no menor de quince años de pena privativa de libertad.

SEGUNDO. Que la señora Procuradora Pública del Estado en su recurso formalizado de fojas mil seiscientos dos, de veinticuatro de julio de dos mil diecisiete, instó se anulen las absoluciones y se aumente el monto de la reparación civil. Alegó que la Sala no se pronunció sobre el decomiso del instrumento del delito; que existen sindicaciones contra los absueltos –ellos debían saber el contenido de la carga decomisada– y sus declaraciones no se apreciaron con las exigencias que ello amerita, más allá de su supuesta coherencia interna; que el producto incautado no tenía guía de remisión pese a tratarse incluso de un producto fiscalizado –el argumento que su titular dijo que el contenido era tiner no es razonable–, amén de que se acondicionaron para ocultarlo a la vista de los fiscalizadores, a quienes no se les dijo que trasladaban un químico fiscalizado.

TERCERO. Que el encausado Cahui Flores en su recurso formalizado de fojas mil quinientos ochenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil diecisiete,

pidió se le absuelva de los cargos. Razonó que se le formuló cargos porque era administrador de la empresa de su padre y recibió la llamada del reo reservado Néstor Capia Vilcarana solicitándole un servicio de carga; que se le dijo que el traslado era de tiner, para lo cual llamó a Vigo Estrada para que reciba los cilindros, el mismo que los recibió sin las guías de remisión porque Capia Vilcarana le indicó que las llevaría al día siguiente –solo se le dio un documento interno y un adelanto de seiscientos soles–; que el embarque y traslado de la mercadería se efectuó ante una falta de comunicación entre empleados y la administración de la empresa; que luego de la intervención policial se le hizo saber lo ocurrido; que el policía dijo que los cilindros no estaban visibles, no que estaban escondidos; que el reo ausente Capia Vilcarana se acercó a su oficina, en presencia de su abogado León Hinojosa, y ofreció traer las guías, pero nunca lo hizo.

§ 2. De los hechos objeto del proceso penal

CUARTO. Que los hechos contenidos en la acusación fiscal y en la sentencia son los siguientes:

1. El día ocho de agosto de dos mil quince, como a las dos con quince horas, en la garita de control de Pucusana, ubicada en el kilómetro 56 de la avenida Panamericana Sur, el personal de la PNP de la DIREJANDRO, en coordinación con la SUNAT, intervinieron a los encausados Gil Quispe, conductor, y Llutari Coaquira (copiloto), quienes se encontraban a bordo del camión Volvo, color azul/blanco, de placa de rodaje ZIR guion novecientos ochenta y nueve, y el semi remolque, de placa V2C guion novecientos noventa y cuatro, que transportaban mercadería con dirección a San Román - Puno.
2. Al revisar el camión se halló en el semi remolque, en la carrocería –parte inferior del vehículo–, de forma acondicionada y oculta (colchones marca Paraíso, Majar con descripción “Bozo Velarde” y cajas de vidrio), cuatro cilindros color azul, conteniendo insumos químicos fiscalizados, acetona. Arrojó un peso bruto de seiscientos setenta y nueve kilogramos.
3. El negocio de transporte de mercadería correspondía a la empresa “Transportes Andinos EIRL”, cuyo administrador era el encausado Nemecio Cahui Flores. Él fue quien acordó el transporte de la mercadería decomisada con el encausado ausente Néstor Capia Vilcarana, titular de la misma. El encausado Vigo Estrada era el recepcionista de la empresa, quien recibió los cuatro bidones conteniendo acetona en modo de tiner, sin recabar la guía respectiva ni las autorizaciones correspondientes, pese a tratarse de un producto químico fiscalizado –solo se emitió la boleta denominada “Control



Interno número 000146” emitida por “Transportes Andinos EIRL”-. El encausado Japa León fue el estibador que acondicionó la mercadería en el camión para ocultarla, cubriéndola con colchones y otros productos. Los encausados Gil Quispe y Llutari Coaquira eran los choferes, encargados de llevar la mercadería a Puno. La empresa “Sol Mar” es una EIRL propietaria del camión en cuestión, y es administrada por Beatriz Cahui Flores, hermana del encausada Nemecio Cahui Flores.

§ 3. De la absolución del grado

QUINTO. Que con el mérito del acta de intervención de fojas ochenta y dos, acta de incautación número 6C3000-2015-000012 de fojas diecinueve a veintiuno, acta de inmovilización número 0200600082572, acta de registro vehicular, prueba de campo, extracciones de muestra, decomiso, lacrado, incautación de vehículo y documentos de fojas ochenta y cuatro, acta de extracción y lacrado de muestras de fojas diecisiete, actas de pesaje de fojas doscientos siete y doscientos nueve, acta complementaria del acta de registro vehicular y prueba de campo de fojas trescientos ocho y paneux fotográfico de fojas setenta y seis y setenta y siete, en concordancia con el dictamen químico de fojas novecientos dos, se acredita que en el camión antes citado, previamente acondicionado, y sin la documentación correspondiente, se descubrieron cuatro bidones de plástico azul conteniendo el insumo químico fiscalizado – acetona, con un peso bruto de seiscientos setenta y nueve kilogramos.

SEXTO. Que el Informe emitido por SUNAT número 000107-2015-SUNAT/6C3000, emitido por Hernán Noel Coaquira Ari, con Registro RM83, señaló que, en la inspección física realizada en la base del semirremolque, se hallaron los cuatro cilindros escondidos y/o camuflados bajo otros bienes, los cuales no contaban con ningún tipo de rotulado en el exterior ni precintos de seguridad alguno. En su declaración plenarial de fojas mil trescientos setenta y seis expresó que los intervenidos señalaron no tener conocimiento de los cuatro bidones, pero éstos eran difíciles de encontrar porque encima de ellos había planchas de vidrio y estaban cubiertos con otras especies.

El Policía César Augusto Pérez Yamunaque en sede sumarial y plenarial [fojas quinientos siete y mil cuatrocientos setenta y ocho] precisó que la intervención del camión fue realizada por personal de la SUNAT de Pucusana; que se constituyó a la garita de control ante la comunicación de SUNAT y, a tal efecto, levantó el acta de registro vehicular de fojas ochenta y cuatro –los bidones se encontraban acondicionados en el semi-remolque, de

tal manera que no eran visibles al exterior–; que el chofer y el copiloto no contaban con la documentación de los cuatro bidones, luego decomisados.

SÉPTIMO. Que el Tribunal Superior absolvió a los choferes Gil Quispe y Llutari Coaquira, al estibador Japa León –quien cargó los bidones al semirremolque– y al recepcionista de la empresa “Transportes Andinos EIRL” Vigo Estrada. Consideró que no se acreditó, más allá de toda duda razonable, que conocieran el contenido de los bidones y que se limitaron a cumplir sus actividades como trabajadores de la aludida empresa. Ninguno de ellos trató con el encausado ausente Capia Vilcarana.

El señor Fiscal Supremo en su dictamen de fojas cincuenta y uno del cuaderno de nulidad coincidió con la absolución, luego, no entendió razonable el recurso acusatorio del Fiscal Superior. Empero, como también existe recurso por parte de la parte civil, es del caso un examen recursal autónomo por parte de este Supremo Tribunal.

OCTAVO. Que el encausado Gil Quispe expresó ser conductor de la empresa SOLMAR; que la intervención se produjo porque en el remolque encontraron cuatro bidones con insumos químicos fiscalizados; que no sabía de su existencia; que no estuvo vinculado con la recepción de los bidones ni su ingreso al camión; que cuando fue a la empresa el camión ya estaba “toldeado”, es decir, cubierto; que el encargado de llevar la documentación es su compañero Llutari Coaquira; que la inspección al camión se debió a que los efectivos de la SUNAT encontraron una guía errónea de licores, de suerte que cuando se aprestaban abajar los licores advirtieron la presencia de los bidones [fojas doscientos veintisiete, cuatrocientos sesenta y siete y mil cuatrocientos treinta y siete vuelta].

El encausado Llutari Coaquira, por su parte, mencionó que es conductor de la empresa SOLMAR; que como estuvo realizando trabajos de reparación del arrancador no presencié lo que se cargó al camión; que las guías de las mercaderías que debían trasladar a Juliaca se las entregó el encausado Nemecio Cahui Flores; que cuando se produjo la intervención –se revisó el camión porque la guía de licores estaba mal faccionada– llamó telefónicamente a este último, quien le dijo que se le olvidó; que no es su oficio cargar la mercadería ni, previamente, recibirla; además, la empresa es la encargada de “toldear” el camión; que al llamar telefónicamente a Cahui Flores, éste le dijo que se había olvidado de adjuntarla y que la iba a buscar, pero luego ya no contestó [fojas doscientos treinta y siete, cuatrocientos sesenta y uno y mil trescientos treinta y nueve].

NOVENO. Que el encausado Vigo Estrada sostuvo que, por orden del administrador Cahui Flores recepcionó los cuatro bidones en el local de la

empresa “Transportes Andino EIRL” el día seis de agosto de dos mil quince entre las quince y dieciséis horas –su función es recibir y despachar la mercadería–; que el dueño de la mercadería Capia Vilcarana le dijo que los cuatro bidones contenían tiner, y que al día siguiente llevaría la guía de remisión y cancelaría el flete, por lo que elaboró una boleta de control interno –ésta corre a fojas trescientos treinta y nueve–; que esto último es un procedimiento normal; que los bidones fueron cargados en el camión en la noche del seis de agosto de dos mil quince y corresponde al personal de la empresa cargar y toldear el camión; que la orden de carga fue dada por Cahui Flores y el llenó las guías de las mercaderías; que los cuatro bidones fueron subidos por una confusión porque los bidones se encontraban cerca de las demás mercaderías objeto de transporte; que Japa León no le consultó lo que se iba a cargar al camión; que la empresa cuenta con un vehículo específico, color plomo, destinado exclusivamente para el transporte de tiner [fojas doscientos sesenta y cinco, quinientos y mil cuatrocientos treinta y cuatro].

El encausado Japa León expuso que es el estibador de la empresa “Transportes Andino EIRL” desde hace doce años; que la función de emitir guías y facturas corresponde al encausado Cahui Flores; que por orden de Cahui Flores cargó al semirremolque los cuatro bidones, quien no le dijo su contenido; que los acomodó al centro del mismo porque también se transportaban vidrios y para evitar que se rompa los cubrió con colchones y otros, ya que los cilindros son pesados; que subió al camión licores, pinturas, colchones, sanitarios, entre otros; que no le corresponde verificar el contenido de la mercadería [fojas doscientos setenta y cuatro, cuatrocientos noventa y dos y mil cuatrocientos cuarenta].

DÉCIMO. Que es evidente que los cuatro encausados no negociaron con el encausado ausente Capia Vilcarana el propio transporte de los cuatro bidones decomisados por la autoridad. Ese vínculo correspondió al encausado Nemecio Cahui Flores. Este último, por su rol, es el encargado de esa negociación y, además, de recibir las guías de remisión del cliente y entregarlas al conductor del camión; que si bien se cargó los cuatro bidones en el camión, el imputado Cahui Flores no entregó las que correspondían a estos insumos químicos fiscalizados a los conductores –este último encausado corroboró esas versiones de los cuatro imputados–, quienes no presenciaron –ni era su competencia– examinar la compatibilidad de las guías con las mercaderías, además cuando se aprestaron a iniciar su recorrido el semirremolque ya se encontraba cubierto con el toldo.

Los bidones no estaban ocultos en un lugar impropio del camión. Distinto es que al acomodarlos los cubrieron con otras mercancías, lo que en todo caso no necesariamente es sospechoso ni denota la conciencia de un transporte de mercaderías ilícitas. El que el semirremolque tenga un toldo como medida de

seguridad para cubrir la mercadería no tiene nada de delictivo ni indica una actividad de camuflaje del contenido de la carga que se transporta.

El relato alternativo de la Fiscalía Superior, de vinculación dolosa con el transporte de insumos químicos fiscalizados, no está probado en todos sus extremos. Es posible, por lo expuesto línea arriba, el relato no incriminatorio de los cuatro imputados. El estándar de prueba de cargo más allá de toda duda razonable no se ha cumplido, luego, la absolución dictada está arreglada a derecho.

UNDÉCIMO. Que el encausado Nemecio Cahui Flores reconoció ser administrador de la empresa “Transporte Andino EIRL”, y que se encargaba de formular las guías de transportistas, facturas, cobranzas, guías para la SUNAT, así como de coordinar la carga a transportar, entre otras tareas. Acotó que el día tres o cuatro de agosto de dos mil quince lo llamó Capia Vilcarana, a quien conocía de vista desde hace un año atrás, el mismo que le preguntó si tenía permiso para transportar tiner, y al contestarle afirmativamente, le anunció que llevaría unos cilindros, sin precisarle el día, para ser transportados a Juliaca; que el empleado Vigo Estrada le informó, en horas de la noche, del día seis de agosto, que había recibido los cuatro cilindros, pero sin documentación alguna, y que los documentos los llevaría al día siguiente; que al retornar a la empresa al día siguiente, como a las trece horas, vio que el camión cuestionado estaba cargado y tapado con el toldo; que los cilindros iban a ser transportados en el camión de placa siete cinco A guion setecientos setenta y uno y A tres R guion novecientos noventa y cuatro –dato que falta esclarecer de parte del propio encausado–, pero por confusión se subieron a otro camión de la empresa SOLMAR EXPRESS –que fue el intervenido por la autoridad tributaria y la policía–, el cual pertenece a su hermana y con el que realiza semejanza función para el transporte de mercadería; que si bien la empresa está autorizada para el transporte de mercadería, no lo está para el transporte de insumos químicos fiscalizados; que no sabe qué documentos se requieren para trasladar acetona –el imputado Capia Vilcarana lo engañó al decirle que transportaría tiner y no entregarle la guía respectiva– [fojas doscientos ochenta y uno, cuatrocientos noventa y seis y mil cuatrocientos treinta y dos vuelta].

DUODÉCIMO. Que, como el Fiscal Supremo planteó, es del caso analizar si se incurrió en una nulidad absoluta que excepciona el principio del efecto parcialmente devolutivo del recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Sostiene el señor Fiscal Supremo que el Fiscal Superior en el período inicial del juicio oral modificó la tipificación de los hechos y pidió una pena mayor a la solicitada en la acusación fiscal escrita (quince años de pena privativa de libertad), así como una reparación civil solidaria de treinta y seis mil soles

–como consta de la acusación escrita de fojas mil setenta y cuatro y de su exposición oral de fojas mil cuatrocientos treinta y dos y acusación oral de fojas mil quinientos diecinueve vuelta–, sin fundamento alguno y con vulneración del derecho de defensa. Esta situación, lamentablemente, fue aceptada por el Tribunal Superior.

Ahora bien, es verdad que emitida acusación escrita y vencida la etapa intermedia con el control de acusación correspondiente, ya no cabe que se modifique la misma, pues a estos efectos solo puede hacer uso de la acusación complementaria respectiva y, en su caso, de una acusación oral mínimamente modificada –inclusión de alguna circunstancia sin que modifique esencialmente la imputación, corrección de simples errores materiales, aumento o disminución de la pena y reparación civil– (artículos 263 y 273 del Código de Procedimientos Penales). En el período inicial del juicio oral, el Fiscal solo puede, de cara al conocimiento de los cargos, exponer sucintamente los términos de la acusación escrita (artículo 243, numeral 1 del Código de Procedimientos Penales); por tanto, no cabe una modificación de la acusación, salvo simples errores materiales. La forma cómo procedió el Fiscal, aceptada por el órgano jurisdiccional, vulneró el debido proceso y ocasionó indefensión material en el imputado, por lo que es de aplicación el artículo 298, numeral 1 del Código de Procedimientos Penales.

Se debe enfatizar que determinado el objeto procesal y deducida la defensa –en etapa intermedia– no es posible que los hechos y el título de imputación puedan alterarse introduciendo variaciones esenciales –mutación o ampliación de la pretensión–. Esta es la nota característica de inmutabilidad que se ha infringido en el presente caso.

DECIMOTERCERO. Que, de otro lado, por mandato del artículo 102 del Código Penal es imperativo el decomiso de los instrumentos del delito –la inicial petición de la parte civil en su escrito de fojas mil trescientos sesenta y nueve luego desistido en el acto oral no es relevante por carácter imperativo de la norma material–. El decomiso se dicta bajo determinados presupuestos materiales y requiere una fundamentación específica. La acusación fiscal de fojas mil setenta y cuatro no fijó pretensión alguna al respecto. La entrega del camión que en su día se incautó [auto de vista de fojas trescientos sesenta y seis, de diez de febrero de dos mil dieciséis, del cuaderno de apelación], en tanto se trató de una medida de coerción real, que no causa estado, no limita la posibilidad de una pretensión concreta respecto de la consecuencia accesoria de decomiso, siendo del caso analizar la peligrosidad objetiva del camión y el defecto de organización que podría imputarse a la propietaria y a la empresa de transportes ANDINOS E.I.R.L.

De igual manera, la reparación civil imputable al tercero civil está sujeta a criterios de imputación civil legalmente determinados. No se trata de un problema de desconocimiento de lo que en concreto hizo el administrador –de derecho o de hecho–, sino de determinar si se presentan los presupuestos materiales de derecho civil para imponer la reparación civil.

Estos dos extremos no han sido motivados. Se está ante una motivación omisiva, que es del caso enmendar. También es de aplicación el artículo 298, numeral 1 del Código de Procedimientos Penales.

DECIMOCUARTO. Que es procedente, en mérito a los razonamientos ya expresados, una nulidad parcial de la sentencia. La absolución es fundada y no cabe anularla si la imputación penal carece de sustento probatorio respecto de los absueltos. La condena adolece de una motivación incompleta en el ámbito de las consecuencias penales y civiles.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil quinientos cincuenta, de siete de julio de dos mil diecisiete, en tanto absolvió a Inocente Milquiades Vigo Estrada, Cristian Japa León, Percy Alfredo Ilutari Coaquira y Juan Eusebio Pablo Gil Quispe de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de tráfico de insumos químicos en agravio del Estado. **II. Declararon NULA** la referida sentencia en la parte que condenó a NEMECIO CAHUI FLORES como autor del delito de tráfico de insumos químicos (artículo 296-B del Código Penal, según la ley número 29307, de doce de junio de dos mil siete) en agravio del Estado a siete años de pena privativa de libertad y ciento ochenta días multa, así como al pago de seis mil soles por concepto de reparación civil. En consecuencia, **ORDENARON** que previamente se subsane la acusación fiscal escrita para que se pronuncie acerca de la consecuencia accesoria de decomiso del camión incautado; y, acto seguido, previos los trámites de ley, se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, oportunidad en que se citarán a los terceros civilmente responsables, que declararan en la audiencia, así como a los ex encausados Vigo Estrada y Japa León, así como se cite a declarar al abogado Luis León Hinojosa –testigo de la reunión entre los encausados Cahui Flores y Capia Vilcarana–, indebidamente denegado, pese a su pertinencia, por el Tribunal Superior, y que en la sentencia el Tribunal Superior se pronunciará motivadamente acerca del pago de la reparación civil por los terceros civilmente responsable y por el decomiso del camión incautado. **III. MANDARON** se excarcele al imputado NEMECIO CAHUI FLORES, al haber sobrepasado el plazo de la prisión preventiva, cursándose las

comunicaciones correspondientes con esa finalidad, libertad que se cumplirá siempre y cuando no exista orden de detención o de prisión preventiva emanada de autoridad competente. **IV. Declararon NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **V. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

CSM/amon

