



**Tráfico ilícito de drogas, determinación de las penas y
prohibición de reforma en peor**

Esta Sala Penal Suprema estima que la impugnación de JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA no tiene asidero.

Al contrario de lo pretendido, la pena impuesta en primera instancia transgrede los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, por dos razones: no se respetaron los márgenes punitivos estatuidos en la ley sustantiva y se soslayó la gravedad del hecho perpetrado.

La impugnación conllevó el desarrollo de un nuevo esquema de determinación penal.

En el cálculo respectivo se utilizó el sistema de tercios, se constató la presencia de una circunstancia agravante y atenuante genérica; además, solo se verificó la conformidad procesal y se desestimó la confesión sincera. El resultado estriba en que debió aplicársele cuando menos una sanción de ocho años de privación de libertad, es decir, dentro del marco de punibilidad respectivo.

Sin embargo, el Ministerio Público no formalizó recurso de nulidad, por lo que, de acuerdo con el principio de prohibición de la reforma en peor, no puede aumentarse la sanción penal.

Por otro lado, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, es pertinente aplicar cuatro años de pena de inhabilitación, para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, según el artículo 36, numeral 2, del Código Penal.

En consecuencia, el recurso de nulidad defensivo no ha prosperado integralmente.

Lima, ocho de junio de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA contra la sentencia conformada del tres de junio de dos mil veinte (foja 517), emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que le impuso cinco años de pena privativa de libertad, por el delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas-favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

De conformidad en parte con el dictamen de la señora fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. El procesado JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA, en su recurso de nulidad del diez de junio de dos mil veinte (foja 530), denunció la infracción del principio jurisdiccional de la motivación de las

resoluciones judiciales. Señaló que se le impuso una pena efectiva sin evaluar diversos factores, como la proporcionalidad, la prohibición de exceso, la humanidad, la resocialización y la realidad carcelaria; además, no se valoró su conformidad procesal en el juicio oral. Sostuvo que es padre de familia y posee arraigo domiciliario.

De otro lado, solicitó que se le aplique una sanción de naturaleza suspendida.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. Conforme a la acusación fiscal del veintiséis de mayo de dos mil veinte (foja 460), los hechos incriminados fueron los siguientes:

- 2.1.** El dieciocho de octubre de dos mil diecinueve, a las 14:00 horas, en las inmediaciones de la cuadra dieciocho de la avenida Paseo de la República, distrito de Lince, personal policial se encontraba realizando labores de patrullaje. En ese momento, intervinieron el auto de placa de rodaje número AXZ-621, debido a que había chocado y se encontraba estacionado en medio de la vía pública.
- 2.2.** La unidad era conducida por William Jesús Torres Díaz y tenía como copiloto a JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA. Luego el policía Edson Enrique Nizama Sánchez se acercó para solicitar la documentación respectiva y percibió olor a estupefacientes. Se realizó registro vehicular y se halló una bolsa de polietileno de color negro con sustancias tóxicas. Según la pericia oficial, era marihuana con peso neto de 1.992 kg (un kilogramo y novecientos noventa y dos gramos).
- 2.3.** Los ocupantes fueron conducidos a la Depincri Jesús María-Lince, para realizar las investigaciones correspondientes.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Tercero. Al inicio del juicio oral, según acta concernida (foja 513), JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA, con la autorización del abogado defensor, se sometió a los alcances de la Ley número 28122, del trece de diciembre de dos mil tres, es decir, admitió su responsabilidad y reconoció los hechos delictivos atribuidos por el representante del Ministerio Público.

En tal virtud, se declaró la conclusión anticipada del debate oral y se dictó la sentencia conformada respectiva, de la cual emerge que fue condenado por el delito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

Le impusieron cinco años de pena privativa de libertad, ciento veinte días de pena de multa, cinco años de pena de inhabilitación y se fijó como reparación civil la suma de S/ 5000 (cinco mil soles).

De acuerdo con la parte expositiva de la presente ejecutoria suprema, la primera consecuencia jurídica fue objeto de impugnación.

Cuarto. En principio, se destaca que en la sentencia recurrida incurrió en una contradicción sustancial, se afirmó que: “El acusado no se encontraba inmerso en el artículo 22º del Código Penal [sic]”, a pesar de lo cual “se le disminuye la pena por debajo del mínimo legal [sic]”, después se precisó que “el delito se encuentra en grado de consumación [sic]”.

A primera vista, esto refleja una indebida aplicación de las reglas y criterios de la determinación de la pena.

Es un contrasentido afirmar que, aun cuando no se verifica la responsabilidad restringida por razón de la edad, prevista en el artículo 22 del Código Penal, debe disminuirse la sanción a límites inferiores a la pena básica.

Por otro lado, el tráfico ilícito de drogas es un delito de peligro abstracto, en el que no es pertinente realizar la disquisición sobre si se consumó o quedó en un grado imperfecto de realización. El artículo 296, segundo párrafo, del Código Penal prescribe que la mera posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas implica un riesgo o peligro grave para la salud pública.

Quinto. Así como se exige que los jueces al momento de la subsunción respectiva sean absolutamente respetuosos del tenor de la norma sustantiva infraccionada, ha de requerírseles, en el mismo sentido, que observen sus disposiciones punitivas. Son cuestionables, en idéntico nivel, las decisiones de extralegalidad y de infralegalidad.

Debido a que no son principios absolutos, la pena debe satisfacer tanto la legalidad como la proporcionalidad.

Es por ello que, para imponer una sanción, ha de cumplirse con la legalidad (situarse en la pena abstracta) y, seguidamente, ha de verificarse la proporcionalidad, según las circunstancias del caso, es decir, tomando en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho y el nivel de culpabilidad que puede resultar variable (dosificación de la pena concreta)¹.

¹ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 1422-2018/Junín, del doce de agosto de dos mil veinte, fundamento de derecho tercero.

Sexto. De acuerdo con el desarrollo expositivo de los agravios, corresponde que en esta Sede Suprema se efectúe un nuevo esquema de dosificación penal para contrastar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta.

En el devenir de la argumentación se abordarán los cuestionamientos formulados y, paulatinamente, se dilucidará su fundabilidad.

Séptimo. La aplicación de la pena engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada *determinación legal* y la segunda rotulada como *determinación judicial*.

En esta última fase atañe realizar un juicio sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otro factor de aumento o disminución de la pena.

A. Determinación legal

Octavo. En el artículo 296, segundo párrafo, del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo número 1367, del veintinueve de julio de dos mil dieciocho, se previó la imposición de las siguientes consecuencias punitivas:

Entre seis y doce años de pena privativa de libertad.

Entre ciento veinte y ciento ochenta días de pena de multa.

Inhabilitación conforme al artículo 36, numerales 1 y 2.

B. Determinación judicial

Noveno. Se observa que JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA ejerció actividades laborales, ostentó un nivel de instrucción conforme al promedio general (secundaria) y tenía veintisiete años y cinco meses de edad, de acuerdo con su declaración policial (foja 26, en presencia del representante del Ministerio Público) y la ficha de Reniec (foja 245).

Las Actas de nacimiento (fojas 79 y 85) evidencian que es padre de dos menores.

Estas condiciones, por su generalidad y no extraordinariedad, no compelen a que se le aplique una pena distinta de la estatuida en el Código Penal. Objetivamente, demuestran que se trató de una persona integrada socialmente, con plenitud en sus capacidades formativas y, por ende, con posibilidad de informarse sobre la ilegalidad y reprochabilidad de perpetrar toda clase de delitos.

En la misma perspectiva, la paternidad y el asiento familiar no se erigen como motivos suficientes para imponer una pena distinta de la contemplada en la norma penal.

Décimo. Adicionalmente, no se verifica la presencia de alguna de las causales de disminución de punibilidad contempladas en el Código

Penal –como la omisión impropia, artículo 13; los errores, artículos 14 y 15; la complicidad secundaria, artículo 25; las eximentes imperfectas, artículo 21, o la responsabilidad restringida por razón de la edad, artículo 22– ni las que provienen del ordenamiento convencional –interés superior del niño o dilaciones indebidas y extraordinarias²–.

De este modo, no existe justificación para aminorar la pena a límites inferiores al marco de punición conminado.

Undécimo. Seguidamente, es preciso aplicar el sistema de tercios.

11.1. El artículo 45-A del Código Penal, tercer párrafo, numerales 1 y 2, incorporado por la Ley número 30076, del trece de agosto de dos mil trece, autoriza a efectuar las siguientes operaciones:

La pena básica entre seis y doce años se descompone en tres partes. De ello, trasciende que el primer tercio será entre seis y ocho años; el segundo tercio, entre ocho años y un día y diez años, y el tercer tercio, entre diez años y un día y doce años.

La pena será aplicada, en el primer tercio, si “no existen atenuantes ni agravantes o concurran únicamente atenuantes [sic]”; en el segundo tercio, si “concurren circunstancias de agravación y de atenuación [sic]”, y en el tercer tercio, si “concurren únicamente circunstancias agravantes [sic]”.

11.2. Después, corresponde identificar las atenuantes y agravantes genéricas, conforme a lo regulado en el artículo 46 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo número 1237, del veintiséis de septiembre de dos mil quince.

En el caso, se coteja la atenuante prevista en el numeral 1, literal a, es decir, “carencia de antecedentes penales [sic]”, de acuerdo con el Certificado judicial (foja 288); por otro lado, se verifica la agravante contemplada en el numeral 2, literal i, esto es, “pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito [sic]”, debido a que, en el ilícito penal, intervinieron dos sujetos punibles.

Sobre lo último, nótese que, según la acusación fiscal del veintiséis de mayo de dos mil veinte (foja 460), y el auto del veintiocho de mayo de dos mil veinte (foja 503), el enjuiciamiento estaba dirigido contra William Jesús Torres Díaz y José Manuel Moreira Apaza.

² SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia Plenaria Casatoria número 1-2018/CIJ-433, del dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, fundamento vigesimocuarto.

11.3. Ahora bien, debido a que confluye una atenuante y una agravante, la pena debe determinarse en el segundo tercio: entre ocho años y un día y diez años.

En estos casos, se comenzará aplicando el efecto de las agravantes desde el extremo mínimo en línea ascendente hasta agotarlas. Luego se aplicará, sobre el resultado obtenido en la operación anterior, el efecto compensatorio de las circunstancias atenuantes concurrentes, descendiendo desde él hacia el extremo mínimo³.

Así, tomando en cuenta las pautas reseñadas, concierne aplicarle un *quantum* equidistante, es decir, nueve años.

Duodécimo. El último paso en la dosificación judicial de la pena consiste en verificar la presencia de las reglas de reducción por bonificación procesal.

De este modo, solo converge su acogimiento a la conclusión anticipada del juicio oral, lo que, según la jurisprudencia, conlleva una reducción en el máximo permisible, en función de un séptimo o menos de la pena concreta previamente establecida (nueve años), conforme a la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal⁴.

En atención a ello, si a la pena concreta de nueve años se le reduce un séptimo o menos por la conformidad procesal, el resultado punitivo final asciende a ocho años de privación de libertad.

Esto demuestra que no se cumplió lo regulado en el artículo 57, primer párrafo, numeral 1, del Código Penal; por ello, no es posible imponerle una sanción suspendida.

Decimotercero. Merece especial atención, lo relacionado con la confesión sincera, instituida en el artículo 161 del Código Procesal Penal, vigente según Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece.

Por razones de política criminal, la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal. Confesar supone poner en conocimiento de la autoridad judicial o de la policía, los hechos acaecidos, y requiere que la confesión sea

³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018, p.259.

⁴ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico vigésimo tercero.

sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equívoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado⁵.

Se aprecia que JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA, en su manifestación preliminar (foja 26, en presencia del representante del Ministerio Público), negó los cargos atribuidos y adujo que no tenía conocimiento sobre el cargamento de drogas incautado.

Esto demuestra que, cuando la investigación estaba en ciernes, no hubo colaboración procesal.

Decimocuarto. Por otro lado, también se aplicaron ciento veinte días de pena de multa y cinco años de pena de inhabilitación.

En el primer caso, el *quantum* coincide con el mínimo legal, por lo que se mantiene indemne.

La duración de la inhabilitación estriba entre seis meses y diez años, de acuerdo con el artículo 38 del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1367, del veintinueve de julio de dos mil dieciocho.

En ese sentido, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, es pertinente aplicar cuatro años de pena de inhabilitación, para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, según el artículo 36, numeral 2, del Código Penal.

No concierne establecer pena de inhabilitación según el artículo 36, numeral 1, del Código Penal, pues no consta que se ejercieran funciones, cargos o comisiones, incluso provenientes de elección popular.

Decimoquinto. A partir de lo razonado, esta Sala Penal Suprema estima que la impugnación de JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA no tiene asidero.

Al contrario de lo pretendido, la pena impuesta en primera instancia transgrede los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, por dos razones: no se respetaron los márgenes punitivos estatuidos en la ley sustantiva y se soslayó la gravedad del hecho perpetrado.

La impugnación conllevó el desarrollo de un nuevo esquema de determinación penal.

En el cálculo respectivo, se utilizó el sistema de tercios, se constató la presencia de una circunstancia agravante y una atenuante genérica; además, solo se verificó la conformidad procesal y se

⁵ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 10728/2018, del cuatro de julio de dos mil diecinueve, fundamento de derecho cuarto.

desestimó la confesión sincera. El resultado estriba en que debió aplicársele, cuando menos, una sanción de ocho años de privación de libertad, es decir, dentro del marco de punibilidad respectivo.

Sin embargo, el Ministerio Público no formalizó recurso de nulidad, por lo que, de acuerdo con el principio de prohibición de la reforma en peor, no puede aumentarse la sanción penal.

Decimosexto: Finalmente, sobre los agravios se establece jurídicamente lo siguiente:

15.1. El principio de proporcionalidad posee un doble enfoque, esto es, como “prohibición de exceso” y como “prohibición por defecto”. Esta última impide que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho. En esa lógica, la apreciación de la “gravedad del hecho” se erige como parámetro útil en la medición del interés de persecución penal y su valoración se enmarca dentro del criterio de la “gravedad de la pena”⁶.

Todo ello demuestra que, en la aplicación de la pena, los jueces deben tomar en cuenta ambas vertientes de la proporcionalidad y realizar la ponderación respectiva.

15.2. El principio de humanidad posee tres líneas principales:

La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con importantes reflejos en la parte especial del derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito.

La orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad.

La atención a las víctimas de toda infracción penal⁷.

Esto evidencia que los criterios de humanidad y resocialización no solo poseen virtualidad durante la determinación de pena. Su proyección abarca también la fase de ejecución, en la que deben garantizarse condiciones mínimas de reclusión y el cumplimiento de actividades que resulten favorables y funcionales a los fines penitenciarios.

Por su parte, la realidad carcelaria y su problemática son transversales a todos los privados de libertad, por ello, en un

⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (Inpeccp), 2018, p. 311.

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *El principio de humanidad en derecho penal*. En: www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+76+El+principio+de+humanidad+en+derecho+penal.pdf, 2009.

plano de igualdad, no puede ser utilizada para favorecer a uno en detrimento de otro.

En consecuencia, el recurso de nulidad defensivo no ha prosperado integralmente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del tres de junio de dos mil veinte (foja 517), emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que impuso cinco años de pena privativa de libertad a JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA por el delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas-favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.
- II. **DECLARARON HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto aplicó cinco años de pena de inhabilitación a JOSÉ MANUEL MOREIRA APAZA; reformándola, le **IMPUSIERON** cuatro años de pena de inhabilitación, conforme al artículo 36, numeral 2, del Código Penal. Hágase saber y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ecb