



Lima, catorce de enero de dos mil catorce

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Omar Luna Garay y María del Carmen Cid de Jesús, contra la sentencia de fojas quinientos sesenta y nueve, del diecinueve de julio de dos mil doce, que los condenó por el delito contra la Salud Pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado; y les impuso veinte años de pena privativa de libertad efectiva a cada uno. Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que el encausado Omar Luna Garay, en su recurso formalizado a fojas quinientos ochenta y tres, manifiesta que existió error de tipo invencible, ya que desconocía el contenido de la bolsa que entregó a Richard Sandro Bernal Orellana, por lo que debe ser absuelto o, en todo caso, se le debe imponer una pena menor.

SEGUNDO. Que la encausada María del Carmen Cid de Jesús, en su recurso formalizado a fojas noventa y siete, sostiene lo siguiente:

- A)** Que no concurren los requisitos para ser condenada por la modalidad agravada del tráfico ilícito de drogas, ya que no sabía de la existencia de droga en su maleta, la misma que fuera colocada sigilosamente por Richard Sandro Bernal Orellana; por lo que debe ser absuelta.
- B)** Que hubo transgresión a su derecho de defensa, al haber solicitado la actuación de pruebas de descargo, y la autoridad judicial se negó a efectuar, lo que conduce a que se declare nula la sentencia y se lleve a cabo un nuevo juicio oral.

TERCERO. Que fluye de la acusación fiscal, de fojas cuatrocientos veintiséis, que el día trece de abril de dos mil once, a las catorce horas con treinta minutos, aproximadamente, personal policial, con la participación del fiscal, tomó conocimiento de que una ciudadana española se prestaba a transportar droga al extranjero, por lo que se constituyeron al hostel San Martín, donde se encontraba hospedada, ubicado en la avenida Nicolás de Piérola N.º 882-Cercado de Lima. En los exteriores advirtieron la presencia de dos sujetos en actitud sospechosa, uno de los cuales ingresó al hostel con una bolsa de rafia, mientras que el otro fue intervenido cuando se alejaba del lugar, este se identificó como Omar Luna Garay, quien señaló que por encargo de su tío Felipe Garay Malvaceda entregó



la bolsa a Richard Sandro Bernal Orellana. Situación ante la cual los efectivos policiales ingresaron al hostel referido e irrumpieron en la habitación N.º 24. intervinieron a Bernal Orellana y a la ciudadana española María del Carmen Cid de Jesús, seguidamente, se procedió a su registro y se hallaron diecinueve paquetes de tela acondicionados en pantalones de mujer, los mismos que contenían un total de 5,646 kg de clorhidrato de cocaína.

CUARTO. Que el encausado Omar Luna Garay ha sostenido, en el decurso del proceso, que él solo se limitó a cumplir con el encargo que le hizo su tío Felipe Garay Malvaceda, consistente en llevar una bolsa de rafia desde Chancay hasta el local de Zeta Bus en Acho-Lima, lugar donde la entregaría a una persona cuyas características le proporcionó su tío. Al llegar a Lima recibe una llamada telefónica de un sujeto que se identificó con el nombre de Richard Sandro Bernal Orellana, a quien finalmente le entregó el bulto; luego lo custodió hasta un hostel situado en la plaza San Martín, donde es intervenido, sin saber que el paquete contenía droga.

La teoría de defensa de Luna Garay no es juiciosa, ya que no es racional haber accedido a trasladar un paquete sin investigar su contenido, ni mucho menos cuestionarse por qué su tío no lo transportaba por sí mismo, situación que a todas luces resulta muy suspicaz, más aún si tenía como receptor a un sujeto que no conocía; lo que permite concluir, de manera inequívoca, que tenía pleno conocimiento que el contenido del paquete era droga, por lo que se concluye que, la presente causa, no es un caso de error de tipo en ninguna de sus modalidades. En cuanto al *quántum* de la pena, discrepa que no firmó el acta de incautación desde el inicio de las indagaciones, pues negó su intervención en los hechos a pesar de la solidez de la imputación, por lo que no le corresponde la disminución de la pena por aceptación de los cargos; a ello se aúna la gravedad del delito cometido, así como la cantidad de droga que trasladaba; por lo que el Colegiado Superior consideró los parámetros establecidos en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, así como los principios de proporcionalidad de la pena y fines de estas, recogidos en los artículos VIII y IX, del título preliminar, del Código acotado; por ello no resulta amparable reducir la pena impuesta.

Quinto. Que en cuanto a lo alegado por la encausada María del Carmen Cid de Jesús, ha quedado debidamente probado que al llegar al Perú fue intervenida en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, por haber adquirido el boleto de avión presuntamente con una tarjeta clonada, pero debido a que la compra la realizó en España, fue dejada en libertad,



65

previas gestiones realizadas por Richard Sandro Bernal Orellana, quien luego la hospedó en un hostel ubicado en la plaza San Martín. Sostiene la procesada que este se ofreció voluntariamente a ayudarla ante el problema suscitado, a raíz que ella lo contrató como guía turístico, lo que fue desmentido por el testigo impropio Richard Sandro Bernal Orellana, al señalar que a solicitud de Felipe Garay Malvaceda fue al aeropuerto a recibir a la encausada y como fue detenida se dirigió a la comisaría, logrando que la liberaran, luego la hospedó en un hostel. Así mismo, este afirmó que Felipe Garay Malvaceda le indicó, vía telefónica, que llegaría a Lima un sujeto con un paquete con droga, sustancia que debería esconder en la maleta de la encausada, quien retornaría a España el día de su intervención policial. Se deduce, de manera irrefutable, que María del Carmen Cid de Jesús llegó a este país exclusivamente para transportar la droga a su país; por ello, es recibida en el aeropuerto por Bernal Orellana, quien la acompañó a lo largo de toda su estadía en Lima, comisión que cumplió por encargo de Garay Malvaceda, quien también encomendó a Luna Garay a entregar el paquete con droga a Bernal Orellana, a fin de que sea camuflada en el equipaje de la encausada, quedando al descubierto esta organización dedica al tráfico ilícito de drogas. La tarea de la encausada María del Carmen Cid de Jesús se limitó al transporte de droga, por lo que esta tenía pleno conocimiento de la intervención de las demás personas en el presente ilícito penal, concurriendo los presupuestos que exige la agravante descrita en el artículo doscientos noventa y siete, inciso seis, del Código Penal.

En cuanto a lo invocado por la recurrente respecto a la vulneración del derecho de defensa; de la revisión de los actuados no se advierte que se haya limitado o violentado dicho derecho de la procesada; muy por el contrario, se advierte que de manera absoluta se respetó su derecho de contradicción, impugnación y de presentar la prueba respectiva de descargo; asimismo, fue siempre asistida por su abogado defensor; de tal manera que devienen en inatendibles los cuestionamientos efectuados por la recurrente en el recurso interpuesto.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, de conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo Penal; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos sesenta y nueve, del diecinueve de julio de dos mil doce, que condenó a Omar Luna Garay y a María del Carmen Cid de Jesús, por el delito contra la Salud Pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado; y les impuso veinte años de pena privativa de libertad efectiva a cada uno;



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 544-2013
LIMA

la misma que computada desde el trece de abril de dos mil once, vencerá el doce de abril de dos mil treinta y uno; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

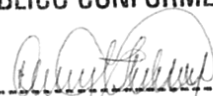
RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

RT/akp6

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Diny Yuranieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

02 MAYO 2014

67

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS, EN CUANTO A LA COMPURGACIÓN DE LA PENA DE MULTA, EN RAZÓN A LA DETENCIÓN SUFRIDA, TIENE LOS FUNDAMENTOS SIGUIENTES:

Lima, catorce de enero de dos mil catorce.

Primero. La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (artículo IX del T. P. del Código Penal –en adelante C. P.–), la determinación de las consecuencias jurídicas del delito está sujeta a una interpretación estrictamente literal y sistemática del C. P., donde su objeto es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Segundo. La pena no constituye un instrumento absoluto de represión; varía en cada caso según: **i)** El injusto penal cometido. **ii)** Las características personales y sociales del sujeto. **iii)** La necesidad de la imposición de una pena.

Tercero. El principio de legalidad es una herramienta trascendente, que el Juez Penal tiene para garantizar el Estado de Derecho; no pudiendo crear ni suprimir sanciones penales por interpretación judicial.

Cuarto. Al producirse dudas o aparentes vacíos, cabe acudir a la interpretación razonada en la aplicación del principio *favor rei*. El Juez Penal no debe desnaturalizar su función bajo afanes persecutorios del delito (potestad propia del Ministerio Público); por ello, las penas a imponerse están preestablecidas en abstracto en el tipo penal y, a su



turno, el incremento, compurgación o disminución se efectuará conforme con las reglas de la Parte General del C. P.

Quinto. La privación de la libertad, independientemente de su dimensión, constituye la más grave sanción que el Estado peruano puede imponer a una persona; sus efectos no se equiparan a las penas restrictivas de la libertad, limitativas de derechos ni a la pena de multa. El orden de importancia y el nivel de afectación se plasman en la secuencia que contiene el artículo 28 del C. P.

Sexto. El legislador penal ha otorgado a la duración de la prisión preventiva una cualidad multivalente, en tanto surte efectos compensatorios (de abono) en el ámbito de la privación de libertad (decidida en la condena) y en el de las otras penas (nótese que el legislador no ha excluido la hipótesis de las penas conjuntas, ni ha excluido alguna o algunas clases de sanciones de la regla del abono o compensación).

Como quiera que la prisión preventiva y la detención policial constituyen medidas excepcionales e instrumentales; amén de cautelas procesales de orden personal para asegurar las investigaciones y/o el resultado final del encausamiento, su duración debe ser la necesaria; para la tramitación en la causa con detenido (que es presuntamente inocente hasta la sentencia de condena), ello en aplicación de los conceptos de *última ratio* y plazo razonable, respectivamente.

Séptimo. Los efectos colaterales a la prisión preventiva son intrínsecos. La cautela penal persigue únicamente la restricción de la libertad, generando diversos efectos. Por ello, la privación de libertad

presentencial debe connotar un procesamiento célere, bajo el principio de plazo razonable, por lo que el legislador ha otorgado efectos compensatorios por cada día de privación sentencial de libertad por día de detención preventiva y ha creado la regla especial de abono para las otras clases de pena.

Octavo. La prisión que surge de la emisión de una sentencia condenatoria tiene tratamiento diferente, por cuanto al determinarse la responsabilidad penal, corresponde imponer las consecuencias jurídicas preestablecidas por el delito; la finalidad, así, ya no será la cautela o aseguramiento de la persona, sino la prevención y represión ante la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos trascendentes. La determinación de las dimensiones de la sanción no es arbitraria, ni cabe disminuir contra reo donde no se distingue. La función jurisdiccional penal sigue siendo la de garantizar el adecuado cumplimiento de la ley.

Noveno. Según el primer párrafo, del artículo 47, del C. P., no cabe duda de que el abonamiento al que se refiere el legislador, no distingue la forma de cumplimiento (sanción efectiva o suspendida).

Décimo. El debate se centra en el segundo párrafo, en cuanto expresa: "Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención". Al efectuar la exégesis cabal de tal postulado, se encuentran: a) Supuestos en que corresponde (como se ha dicho) únicamente la privación de libertad. b) Supuestos en los que corresponde imponer solamente alguna de las otras penas referidas. c) Finalmente, otros en que concurren con la privación de libertad, dos o

más clases de pena. Por tanto, es necesario referirse puntualmente a los casos b y c, respectivamente.

Décimo primero. Es necesario tener en cuenta que en las hipótesis de sanción exclusiva de multa (v. gr., en el delito de calumnia), no corresponde, por imperio de la ley, la prisión preventiva, por lo que no será aplicable ningún extremo del artículo 47 del C. P.¹; por tanto, es improbable la aplicación de dicha disposición a los casos en que corresponda exclusivamente la sanción de multa. En cambio, la hipótesis de concurrencia de la multa, con la privación de la libertad, no presenta problema.

Décimo segundo. La lógica esquemática del segundo párrafo, del artículo 47 del C. P., se funda en que la restricción a la libertad constituye una intervención estatal grave y establece un mecanismo de compensación (que puede llegar íntegramente a la compurgación), a razón de dos días-multa, o de limitación de derechos² por cada día de detención preventiva. Tal regla no admite interpretación en contra, debido a la claridad del mandato.

No es razonable dejar de aplicar la indicada norma, para exigir el cumplimiento de sanción de multa, bajo reglas extendidas contra reo.

Décimo tercero. El Juez Penal, no puede prescindir de imponer una pena, cuando determinada conducta la establezca en abstracto, como

¹ Es imposible imponer prisión preventiva en aquellos casos en que se conminen penas distintas a la privación de la libertad.

² Cfr. Voto singular expresado en el R. N. N.º 1893-2013-HUÁNUCO, de dieciséis de septiembre de dos mil trece. En tal pronunciamiento, el Juez Salas Arenas expresó el mismo razonamiento, surgido a partir del análisis del artículo 47 del C. P.

consecuencia jurídica (sea privación de libertad, multa, prestación de servicios comunitarios y/o inhabilitación); tampoco puede desobedecer, sin motivo constitucional, el mandato de compensación, descuento o abono que la regla legal establece, tanto más que el criterio pro reo tiene raigambre fundamental y constitucional.

Por ello, mi **VOTO** es por que:

En aplicación del segundo párrafo, del artículo 47, del Código Penal, al caso se abone la privación preventiva de libertad a la duración temporal de la multa, descontando o, en su caso, compensando, en lo que fuera pertinente.

S. S.

SALAS ARENAS

JLSA/CFF



DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

02 MAYO 2014