

Prueba suficiente para condenar

Sumilla. La intervención domiciliaria fiscal y la declaración primigenia de la testigo impropia, acompañada del hallazgo de documentos personales del recurrente, son suficientes para adquirir certeza de que el procesado domiciliaba en el inmueble intervenido en compañía de su conviviente, con quien poseía sustancias ilícitas con fines de tráfico. Por el contrario, el cambio de versión y los testigos de descargo son inconsistentes y carecen de credibilidad.

Lima, veinte de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado **Marcial Rosas Fanán** contra la sentencia del ocho de febrero de dos mil diecisiete (obrante a foja trescientos cincuenta y ocho), que lo condenó como autor del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en perjuicio del Estado, a seis años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa, inhabilitación por el plazo de dos años conforme al artículo treinta y seis, incisos uno, dos y cuatro del Código Penal y fijó en quinientos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la parte agraviada. De conformidad en parte con lo opinado por la señora fiscal suprema en lo penal. Intervino como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

§ 1. De la pretensión impugnativa del procesado

Primero. El encausado Rosas Fanán, al fundamentar su recurso de nulidad (a foja trescientos ochenta y uno), denunció la vulneración del principio de presunción de inocencia, así como una indebida valoración del caudal probatorio. El recurrente aduce que:

- 1.1. La única prueba de cargo es la sindicación primigenia de Julia Martel Castillo a nivel preliminar, la que no cuenta con elementos de corroboración.
- 1.2. No se valoró la instructiva de la sentenciada Julia Martel Castillo, quien indicó que hace dos años no vivía con el procesado; así como su declaración en calidad de testigo impropia, en la que refirió que sindicó al procesado por venganza, por no pasarle la pensión alimenticia y con el fin de ser absuelta.
- 1.3. No se apreciaron las testimoniales de Eduardo Nieves Gonzales, Romelia Cóndor Natividad, Cila Castro Malpartida y Flavio Cierito Rimas, ni los certificados expedidos por el teniente gobernador, las autoridades y vecinos del lugar, quienes indicaron que el procesado no domiciliaba en el inmueble intervenido hace aproximadamente dos años y no era conviviente de la sentenciada Julia Martel Castillo.
- 1.4. No se consideraron los testimonios de Antonio Ramírez Huamán, Mauro Trinidad Ponce y Leoncio Cocha Presentación, así como el certificado expedido por las autoridades del centro poblado de Tambogán (Churubamba, Huánuco) que acreditan que en la fecha de los hechos vivía en el referido lugar y realizabas trabajos agrícolas.

§ 2. De los hechos objeto del proceso penal

Segundo. De acuerdo con la acusación fiscal (obrante a foja doscientos sesenta y cuatro), el Tribunal Superior declaró probado que el procesado Marcial Rosas Fanán poseía drogas tóxicas con fines de comercialización, pues el diecinueve de julio de dos mil siete, aproximadamente a las veintidós horas, personal policial con participación del representante del Ministerio Público intervino la vivienda ubicada en la manzana cien, lote diecisiete, avenida

Amazonas, Barrio San Juan, del distrito de Aucayacu (provincia de Leoncio Prado, departamento de Huánuco). Al efectuar el registro domiciliario, en presencia de Julia Martel Castillo, se encontró en un dormitorio una bolsa con sesenta gramos de marihuana y en la cocina dos bolsas con cinco kilos cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Julia Martel indicó que la droga hallada le pertenecía a su conviviente Marcial Rosas Fanán.

§ 3. De la absolución del grado

Tercero. El diecinueve de julio de dos mil siete, aproximadamente a las veintidós horas, la fiscal mixta de Aucayacu, con el apoyo de los efectivos policiales Wálter Cuno Quiñones, David Meoño Caballero y Edgardo Hernández Pérez, intervinieron el inmueble ubicado en la manzana cien, lote diecisiete, avenida Amazonas, del barrio San Juan, en la localidad de Aucayacu (distrito José Crespo y Castillo, provincia de Leoncio Prado, departamento de Huánuco).

El inmueble se constituía por dos casas rústicas. La primera era empleada como dormitorio (dos camas, una cómoda, refrigeradora y cocina), cuya puerta posterior conducía a un ambiente techado con calamina, en el que se halló una bolsa de polietileno con dos bolsas plásticas que contenían hojas, tallos y semillas secas de *Cannabis sativa* (marihuana). En el segundo ambiente, que era una construcción de madera empleada como cocina, se encontró un costal tapado con una troza y en su interior una bolsa plástica con dos paquetes de alcaloide de cocaína. Asimismo, se halló una balanza romana metálica con capacidad de pesaje de cincuenta kilos (véase a foja doce).

Cuarto. El acta de pesaje y lacrado acreditó que las hojas, tallos y semillas secas eran efectivamente marihuana con un peso bruto de sesenta gramos, mientras que la primera bolsa de alcaloide de cocaína

arrojó un peso bruto de dos kilos trescientos gramos y la segunda bolsa, dos kilos setecientos cincuenta gramos (véase a foja dieciséis).

Quinto. Es verdad que en la intervención domiciliaria no se encontró al encausado Marcial Rosas Fanán; no obstante, se halló su documento de identidad número dos dos cuatro cuatro tres cuatro uno siete, y dos fotografías en las que se le observaba en un mototaxi de color rojo y con un niño pequeño, quien vendría a ser su menor hijo (véase el acta de foja doce y los documentos a fojas diecinueve a veintiuno).

Sexto. Con tal evidencia delictiva prestó su manifestación la sentenciada Julia Martel Castillo. Ella, en presencia de la fiscal provincial, refirió que el domicilio intervenido era su morada, en la que convivía con el encausado Marcial Rosas Fanán y sus menores hijos; por lo que supone que la cocaína le pertenecía al recurrente, mientras que la marihuana la trajo este de la chacra (véase a foja trece).

En su manifestación policial, en presencia de su abogado defensor, mantuvo su versión respecto a la titularidad de la droga, aunque precisó que su conviviente no dormía todos los días en su domicilio, sino que llegaba de vez en cuando, como el día anterior de la intervención (véase a foja ocho).

Recién a nivel de instrucción Julia Martel negó haber estado conviviendo con el procesado Marcial Rosas y refirió que este solo acudía de vez en cuando a su casa para ver a sus hijos y dejar dinero, y que el día de la intervención lo vio alejarse en una bicicleta, por lo que presumía que era el dueño de la droga (véase a foja treinta y cinco).

Séptimo. Es doctrina consolidada por el Tribunal Supremo que, ante la presencia de dos o más manifestaciones prestadas por un testigo, agraviado o encausado, se tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a las prestadas en sede policial o de instrucción,

siempre que estas hayan sido sometidas a contradicción y se precisen cumplidamente las razones de tal decisión (Recurso de Nulidad número tres mil cuarenta y cuatro-dos mil cuatro).

En el presente caso, la manifestación primigenia de la sentenciada Julia Martel Castillo, además de realizarse inmediatamente de descubierto el evento delictivo, encontró respaldo probatorio con el hallazgo de documentos personales del encausado Marcial Rosas junto a la sustancia ilícita decomisada, en la vivienda intervenida.

Por el contrario, el cambio de versión es inconsistente y falto de sustento corroborativo. A nivel de instrucción, la encausada dijo que no convivía con el procesado, pero que este iba de vez en cuando a dejar dinero para sus hijos; mientras que en juicio oral señaló que el recurrente no cumplía con su obligación alimenticia y que la incriminación la realizó por resentimiento.

Corresponde resaltar que la última versión de la sentenciada Julia Martel, a la que el recurrente pretende que se le otorgue validez plena, se dio con posterioridad a que aquella obtuviera su beneficio de semilibertad (véase el respectivo Incidente número uno-dos mil dieciocho-doce), por lo que es lógico que asumiera la responsabilidad del delito y buscara la exculpación del procesado.

Octavo. Los testimonios de Eduardo Nieves Gonzales, Romelia Cóndor Natividad, Luisa María Huayta Orbezo, Flavio Cierito Rimas, Erica Arcenia Mato Casio y Cila Castro Malpartida no son de descargo. Estos fueron ofrecidos por la sentenciada Julia Martel en instrucción para acreditar que horas antes de la intervención fiscal el procesado Marcial Rosas llegó a la vivienda allanada en bicicleta con una mochila y luego se retiró (véanse a fojas ciento siete, ciento nueve, doscientos veintisiete, doscientos veintinueve, doscientos treinta y uno, y doscientos treinta y tres).

Esta teoría defensiva fue posteriormente variada por la entonces procesada Julia Martel, quien finalmente se sometió a la conclusión anticipada y aceptó los términos de la acusación, esto es, que junto con su coprocesado poseían la droga con fines de comercialización en el inmueble que cohabitaban (véase a foja doscientos setenta y ocho).

Asimismo, corresponde precisar que es poco creíble que seis personas hubiesen sido testigos del momento exacto en el cual el procesado llegó a la casa intervenida para dejar la droga a su exconviviente con el fin de perjudicarla, como si este hubiera sabido que aquel día se realizaría la intervención policial.

Noveno. Los testigos Antonio Ramírez Huamán, Leoncio Concha Presentación y Mauro Trinidad Ponce se contradijeron entre sí. El primero refirió que el procesado retornó a la localidad de Tambogán (distrito de Churubamba, provincia y departamento de Huánuco) en julio de dos mil siete, mientras que el segundo indicó que vio al encausado en tal lugar en el año dos mil cinco (véanse a fojas trescientos ochenta y tres, y trescientos ochenta y nueve). Luego, el tercero refirió que el procesado se fue en el dos mil cinco y retornó en el dos mil siete (véase a foja trescientos cuarenta y uno).

La disimilitud en las versiones resta credibilidad a los citados testigos, tanto más si se aprecia que estos declararon luego de diez años de producido el evento delictivo y, a pesar del tiempo transcurrido, precisaron las fechas exactas de las faenas agrícolas que realizaron con el encausado –precisamente el día de la intervención–, lo que resulta inusual, pues a pesar de las contradicciones respecto al periodo de permanencia del procesado en Tambogán buscaron coincidir en que el encartado estuvo en esa localidad el diecinueve de julio de dos mil siete.

Décimo. La inconsistencia de la prueba de descargo y la falta de credibilidad del cambio de versión de la testigo impropia Julia Martel permiten concluir que estas no poseen entidad para rebatir la prueba

de cargo recopilada a nivel de investigación, esto es, la intervención fiscal, el hallazgo de la droga en la vivienda del procesado, la versión primigenia de su conviviente y la recopilación de relevante prueba documental –documentos personales del procesado hallados en el inmueble intervenido–.

Se destruyó la presunción constitucional de inocencia prevista en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal e, de la Constitución Política. No hay falta de pruebas inculpatorias ni existen en la causa datos objetivos que desmientan la inicial incriminación, la contradigan o introduzcan serios motivos de duda.

Undécimo. Se configuró el delito de tráfico ilícito de drogas, previsto por el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal (posesión de drogas tóxicas con fines de tráfico).

La pena privativa de libertad se situó en el extremo mínimo legal, vista la calidad de agente primario del procesado; no obstante, la pena de multa se impuso por encima del mínimo legal, por lo que debe ser reformada, conforme al principio de proporcionalidad de las penas. Asimismo, corresponde anular la pena de inhabilitación dictada por el Tribunal Superior, en estricto respeto del principio de legalidad, contenido en el artículo II del título preliminar del Código Penal, pues aquella no está prevista como sanción en el delito imputado y su imposición como pena accesoria debe ser especialmente motivada, lo que no ha sucedido en el caso en concreto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON:**

- I. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del ocho de febrero de dos mil diecisiete (obran a foja trescientos cincuenta y ocho), que condenó a **Marcial Rosas Fanán** como autor del delito contra la salud pública-

tráfico ilícito de drogas, en perjuicio del Estado, a seis años de pena privativa de libertad y fijó en quinientos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la parte agraviada.

II. HABER NULIDAD en la acotada sentencia, en cuanto fijó la pena de multa en ciento ochenta días multa; **REFORMÁNDOLA**, la determinaron en ciento veinte días multa, a razón del veinticinco por ciento del ingreso diario del referido sentenciado, de conformidad con el artículo cuarenta y tres del Código Penal.

III. NULA la referida sentencia, en el extremo que impuso al sentenciado en cuestión dos años de inhabilitación con las restricciones previstas en los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal.

Hágase saber a las partes personadas en esta Sede Suprema, y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

PT/vimc