

**0000000000La desvinculación y el control
de tipicidad en la sentencia conformada**

I. El Tribunal de Instancia está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico respecto a ellos, respetando siempre el fáctico atribuido. Para realizar el control de tipicidad es necesario acudir a los medios de prueba recabados en el proceso. El examen de las pruebas tiene como fin estricto analizar el correcto encuadramiento de la norma en los hechos atribuidos.

II. En cuanto a la agravante: pluralidad de agentes, especificada en la acusación (foja 558), del análisis del fáctico y del examen de las declaraciones citadas se evidencia que, para la comisión del ilícito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, entre los procesados existió acuerdo para efectuar el circuito comercial de la droga, lo que evidencia la existencia de esta agravante en la ejecución de dicha infracción penal.

III. En conclusión, atendiendo a que los procesados aceptaron los hechos, los cuales evidencian la perpetración del hecho con pluralidad de agentes, procede desvirtuar la desvinculación efectuada y condenar por el tipo agravado.

Lima, veinticinco de febrero de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad formulado por la representante del **Ministerio Público** contra la sentencia conformada del dieciséis de mayo de dos mil dieciocho (foja 643), en el extremo que se desvinculó de la acusación fiscal por el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, prevista en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal y subsumió los hechos en el artículo 296, primer párrafo, del citado código sustantivo; por tanto,

condenó a los procesados **Benjamín Franklin Torrejón Manchay** y **Florinda Facundo Huamán** como autores del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas (favorecimiento al tráfico ilícito de drogas), en agravio del Estado; les impuso ocho años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por el plazo de cinco años conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8, del Código Penal y fijó en diez mil soles (S/ 10 000) el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor del agraviado. De conformidad en parte, con el dictamen de la fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Chávez Mella.

CONSIDERANDO

§ I. Expresión de agravios

Primero. La representante del Ministerio Público (foja 656) cuestiona la desvinculación de la acusación fiscal del delito de tráfico ilícito de drogas agravado al tipo base. Expone como argumentos que:

- 1.1** La hipótesis incriminatoria se sustentó en que el ilícito se ejecutó con pluralidad de agentes.
- 1.2** Los acusados Benjamín Franklin Torrejón Manchay y Florinda Facundo Huamán aceptaron los hechos y renunciaron a su derecho de defensa; en tal sentido, el Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados, al operar el principio de consenso en la conclusión anticipada.
- 1.3** Bajo esa premisa, considera que si no se desarrolló el juicio oral, en el cual pudieron surgir datos que favorezcan a los procesados, la variación de la calificación jurídica efectuada no

se sustenta en material probatorio apto que la ampare, más aún si en el caso concreto se advierte la existencia de un acto típico de tráfico en el que participaron tres personas, previo acuerdo entre ellas.

- 1.4** No se puede inferir que cada uno de los agentes realizó una conducta propia ni autónoma e independiente, como sostuvo la Sala Superior, dado que en el caso concreto se presenta la estructura del tipo penal (artículo 297 del Código Penal). Los acusados se conocían y hubo concierto de voluntades para desarrollar los actos de tráfico, en concordancia con lo glosado en el Acuerdo Plenario número 3-2005/CJ-116.

§ II. Imputación fiscal

Segundo. En la acusación fiscal (foja 542) se imputó a los procesados Benjamín Franklin Torrejón Manchay, Florinda Facundo Huamán y Javier Roberto Merino Ariza (con proceso en reserva) favorecer el consumo ilegal de estupefacientes, en calidad de integrantes de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, conforme se desprende de la intervención policial efectuada por la División de Investigación Criminal La Victoria-San Luis, el veintitrés de junio del dos mil diecisiete, en el cruce de la avenida Aviación con el pasaje Lanqui en el distrito de San Luis, donde se intervino al inculpado Torrejón Manchay, en circunstancias en que transportaba dos bolsas plásticas. Una de las bolsas contenía restos de una especie vegetal (hojas, semillas y tallos), con características similares a marihuana, con un peso neto de 0.275 kg, mientras que la otra contenía cinco bolsas de color negro acondicionadas con cinta, una rotulada con el número "1" (M1) y la otra con la letra "T" (M2), con resultado positivo para adherencias de

marihuana; asimismo, se hallaron en su poder billetes y monedas de distintas denominaciones, por el monto de ciento treinta y tres soles (\$/133). En el momento de la intervención, el aludido procesado manifestó que estas sustancias le fueron entregadas previamente por la inculpada Florinda Facundo Huamán, quien reside en el segundo piso del inmueble situado en el jirón Tomás Catari número 581, urbanización Túpac Amaru. Conocida esta información, personal policial se constituyó a dicho predio y, con la autorización del ciudadano Carlos Alberto Salazar Zárate (hijo del propietario del inmueble y de la encausada Florinda Facundo Huamán), ingresaron al departamento y se dirigieron a una habitación con puerta de madera que, según la aludida, era ocupada por su pareja, Javier Roberto Merino Ariza (acusado ausente), quien, cuando llegaba a visitarla, portaba maletas y mochilas que contenían droga. En el lugar se hallaron dos bidones de plástico de color azul con tapa negra, uno de ellos contenía nueve bolsas de plástico color amarillo con especies vegetales (semillas y tallos) de marihuana, con peso neto de 7.221 kg, mientras que el otro, doce bolsas plásticas amarillas con marihuana, con un peso de 12.119 kg, así como dos bolsas de rafia con franjas multicolor, con 4 y 3 bolsas de plástico color amarillo, con fragmentos de hojas, tallos y semillas (marihuana), con peso neto de 6.176 kg y 3.169 kg.

De igual manera, en el interior de este lugar se halló una maleta color negro con aplicación azul, dos bolsas de color amarillo y dos bolsas de polietileno blancas que contenían fragmentos de hierba seca (marihuana), con un peso neto de 1.208 kg; asimismo, se encontró una balanza digital marca Electronic Compac 7, Scale SF- 400, con adherencias de marihuana (resultado positivo); así como una bolsa que contenía veinticuatro bolsitas vacías, y, sobre uno de los bidones,

cuatro cintas de embalaje usadas con adherencias de marihuana. Continuando con el registro de la habitación, se halló en el fondo del ropero, sobre el piso, un maletín de mano color negro, marca Nasserén, y en su interior se encontró una balanza marca Canry, dos cucharitas de metal marca Stainless (con adherencias de cocaína) y dos bolsas de color blanco, una de ellas contenía veinticuatro bolsitas transparentes, y la otra, diez bolsitas plásticas transparentes con cierre hermético, con peso neto de 0.082 kg de clorhidrato de cocaína; las bolsas que estaban marcadas con una línea de color azul en el centro; y, sobre el piso se encontró una bolsa plástica transparente que contenía una sustancia pulverulenta. Se halló también una bolsa blanca con la inscripción Inkafarma, que contenía a su vez una bolsa negra, en cuyo interior se halló una sustancia granulada de color gris, que dio positivo para pasta básica de cocaína, con peso neto de 0.493 kg. De igual modo, se halló una bolsa plástica de color rosado con el logo "D'lirio lencería", que contenía dos bolsas plásticas con trozos de sustancias blanquecinas, que corresponden a clorhidrato de cocaína, con peso neto de 0.946 kg, y otra bolsa pequeña de color blanco, con trozos de sustancia verdusca, que corresponde a marihuana, con peso neto de 0.072 kg. Finalmente, en el ambiente donde dormía la procesada Florinda Facundo Huamán, debajo de su cama, se encontró un sobre manila color amarillo, que contenía ciento treinta y seis bolsitas de plástico transparentes con cierre hermético, cada una de las cuales contenía clorhidrato de cocaína, con un peso neto de 0.028 kg.; cinco de ellas tenían una línea de color negro en el centro; conforme lo consignado en el acta de registro domiciliario, hallazgo y comiso de droga (fojas 54 a 57).

§ III. Fundamentos del Supremo Tribunal

A. Calificación del delito en la acusación fiscal

Tercero. En la acusación fiscal (foja 542), el hecho atribuido a los procesados fue subsumido en el tipo penal de tráfico ilícito de drogas-favorecimiento al tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, previsto en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, concordado con la circunstancia agravante del numeral 6 del primer párrafo del artículo 297 del referido cuerpo normativo (tal inciso establece: “El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas [...]).

B. Aceptación de los cargos y conclusión anticipada de los debates orales

Cuarto. El Tribunal de Instancia emitió sentencia conformada contra los procesados **Benjamín Franklin Torrejón Manchay** y **Florinda Facundo Huamán** luego de que se acogieran a los alcances de la conclusión anticipada del debate oral, prevista en el artículo 5 de la Ley número 28122, al admitir su responsabilidad en los hechos materia de acusación fiscal, luego de que conferenciaran con sus respectivos abogados defensores (acta de sesión de audiencia, del cuatro de mayo de dos mil dieciocho, foja 640 vuelta).

Quinto. En la sesión siguiente (acta del dieciséis de mayo de dos mil dieciocho, foja 651 vuelta), se concedió la palabra a los abogados defensores. La defensa técnica de la encausada Facundo Huamán solicitó que se apruebe la conclusión anticipada y se imponga a su patrocinada una pena razonable; por su parte, el abogado defensor del procesado Torrejón Manchay planteó la desvinculación del tipo agravado al tipo base, y se basó en que las pruebas practicadas no lograron acreditar la participación de tres personas en el hecho o que hayan actuado

como miembros de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas.

En tal sentido, el proceso penal se llevó a cabo con las garantías de ley, sin haberse trasgredido norma procesal alguna. Se respetó el principio de bilateralidad.

C. Argumentos de la Sala Superior para desvincularse del tipo agravado al básico

Sexto. En tal sentido, al realizar el control de legalidad, el Colegiado Superior efectuó la desvinculación procesal (fundamentos sexto al decimotercero de la sentencia impugnada) y emitió condena contra los procesados, tipificando el hecho en el tipo base. Los argumentos fueron:

- 6.1.** El reconocimiento de la responsabilidad penal por los encausados conlleva que la pena a imponer no sobrepase la responsabilidad por el hecho. Así, se sigue la línea jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número 3-2005/CJ-116, la cual, respecto a la configuración del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal señala que: "La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297°.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal)".
- 6.2.** La conducta ilícita incriminada a los procesados configura la calidad de autores del delito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas ya que cada uno realizó una conducta típica propia, pues la procesada Florinda Facundo Huamán aceptó haber abastecido de droga a comercializadores, mientras que

el encausado Benjamín Franklin Torrejón Manchay admitió haber poseído los estupefacientes para su comercialización, por lo que cada agente se desplazó de manera autónoma para un fin económico independiente; por ello, no se configura la agravante prevista en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, dado que no existe medio de prueba que corrobore que, con anterioridad a la ejecución del delito, existiera una división de roles entre los encausados, con el fin de coadyuvar en su perpetración.

D. Control de tipicidad y desvinculación

Séptimo. La desvinculación efectuada por el Tribunal Superior (del tipo agravado al tipo base) es materia de cuestionamiento por parte de la representante del Ministerio Público; en ese sentido, corresponde dar respuesta a este aspecto, previo análisis del tratamiento de estas instituciones jurídicas.

Octavo. Constitucionalmente, el juzgador está facultado para desvincularse del tipo penal. En efecto:

[E]l Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de congruencia o correlación entre lo acusado y lo condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatoria) sea respetada al momento de emitirse sentencia. Asimismo, cabe precisar que el juez se encuentra premunido de la facultad de apartarse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos que son objeto de acusación, sin que cambie el

bien jurídico tutelado por el delito acusado, así como que respete el derecho de defensa y el principio contradictorio¹.

Noveno. Así, se tiene que en las sentencias conformadas es posible que el juzgador realice la desvinculación del tipo penal luego de realizar el control de tipicidad. Sobre este último aspecto, el primer párrafo del fundamento jurídico 16 del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho (Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada) señala que:

Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal [...] no puede ser pasiva [...]; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)–, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la **tipicidad de los hechos**, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis* y *vinculatio poena*) se relativiza [...]" (El resaltado es nuestro).

E. Análisis del caso concreto

Décimo. En tal virtud, el Tribunal de Instancia está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de esos hechos, siempre respetando el fáctico atribuido.

Para realizar el control de tipicidad es necesario acudir a los medios de prueba recabados en el proceso. El examen de las pruebas tiene como fin estricto analizar el correcto encuadramiento de la norma en los hechos atribuidos. Existe pronunciamiento sobre "El

¹ Expediente número 01798-2016-PHC/TC, del veintiséis de abril de dos mil diecisiete, fundamento jurídico seis.

control de tipicidad en la sentencia conformada" efectuado por esta Sala Suprema, en el Recurso de Nulidad número 371-2018, del Santa, del dieciséis de mayo de dos mil dieciocho.

Undécimo. De la información proporcionada en instancia preliminar por la procesada Florinda Facundo Huamán (foja 25, en presencia del fiscal) se aprecia que refirió que Javier Roberto Merino Ariza era quien proveía de la sustancia ilícita (marihuana) y que por orden de él entregaba la droga a Torrejón Manchay sin recibir retribución alguna, pero se encargaba de pagar todos los gastos de la casa. De manera concordante, el procesado Benjamín Franklin Torrejón Manchay (foja 29, también en presencia del representante del Ministerio Público) sostuvo que el coprocesado Javier Roberto Merino Ariza fue quien proveía la droga y que Florinda Facundo Huamán se la entregaba para su posterior entrega y distribución.

Duodécimo. La agravante: comisión del delito en calidad de integrantes de una organización criminal, expuesta en el fáctico atribuido, no se presenta, dado que, conforme expuso el fiscal supremo, de acuerdo al artículo 2 de la Ley número 30077: "Se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves"; cuyos presupuestos no se presentan, dado que del fáctico analizado y de acuerdo a los elementos de prueba de cargo existentes, la conducta típica de los procesados Florinda Facundo Huamán y Benjamín Franklin Torrejón Manchay, dirigida a favorecer el tráfico ilícito de drogas, no contemplaba ningún tipo de reparto de funciones, tampoco una estructura ni ámbito de acción.

Decimotercero. Por el contrario, en cuanto a la agravante: pluralidad de agentes, especificada en la acusación (foja 558), del análisis del fáctico y del examen de las declaraciones citadas se evidencia que, para la comisión del ilícito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, entre los procesados existió acuerdo para efectuar el circuito comercial de la droga, evidenciando la existencia de esta agravante en la ejecución de dicha infracción penal.

Decimocuarto. En tal sentido, los argumentos de la sentencia en cuanto a que cada encausado realizó una conducta típica propia – esto es, que cada uno se desplazaba de manera autónoma y no de forma organizada para un fin económico común sino independiente– no son correctos. Existe un mínimo de actividad probatoria a nivel preliminar que permite corroborar la tesis fiscal; por lo tanto, se configura la agravante prevista en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal.

Decimoquinto. En conclusión, atendiendo a que los procesados aceptaron los hechos, los cuales evidencian la perpetración del delito con pluralidad de agentes, procede desvirtuar la desvinculación efectuada y condenarlos por el tipo agravado.

F. Pena a imponer

Decimosexto. En esa línea de pensamiento, la condena impuesta a los encausados debe ser graduada de acuerdo con los parámetros previstos en el artículo 297 del Código Penal, que reprime el delito de tráfico ilícito de drogas agravado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años. En los delitos agravados no corresponde acudir al sistema de tercios (ver fundamento jurídico cuarto, del recurso de nulidad número 393-2018/SULLANA, emitido por la Sala Penal Permanente el veinticuatro de julio de dos mil dieciocho).

Entonces, atendiendo a que el ilícito contiene siete circunstancias agravantes y que los procesados cometieron una agravante específica –pluralidad de agentes–, la pena a imponer debe ser fijada en dieciséis años y cuatro meses, resultado al que se debe reducir un séptimo por la conclusión anticipada. También se debe considerar que Facundo Huamán carece de antecedente penales (foja 625), mientras que el procesado Torrejón Manchay tiene antecedentes (foja 626); igualmente se debe tener en cuenta sus condiciones personales (Torrejón Manchay es conviviente, tiene tres hijos, tiene quinto año de secundaria, se dedica al comercio ambulatorio; mientras que Facundo Huamán es soltera, con un hijo, de ocupación ama de casa, con grado de instrucción primaria completa); por tales razones, corresponde imponerles la pena de catorce años; sin embargo, el fiscal supremo opinó que se les debe imponer trece años y dos meses de pena privativa de libertad, por lo que, en atención al principio de congruencia, es decir, que el juez no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal porque, de hacerlo, vulneraría, adicionalmente, el principio acusatorio, cabe imponer aquella.

G. Respecto a las penas de días multa e inhabilitación impuesta a los procesados recurrentes

Decimoséptimo. Aunque la determinación de tales penas no fue objeto del recurso, por favorabilidad, debe ser objeto de pronunciamiento, dado que es necesario guardar proporcionalidad y razonabilidad con el *quantum* de la pena privativa de libertad impuesta; adecuando su extensión a los marcos del tipo delictivo concreto.

17.1. Como se aprecia en la sentencia impugnada, se impusieron ciento ochenta días multa, dimensión que no guarda relación

proporcional con la extensión de la pena privativa de libertad impuesta; por lo que debe ser rebajada hasta ciento sesenta y cinco días multa.

17.2. Por otro lado, en relación con la pena de inhabilitación, se precisó la extensión en cinco años (ver acta de lectura de sentencia, foja 652) por lo que el *quantum* impuesto, en proporción a la pena privativa de libertad, debe ser fijado en seis meses, cuyo límite resulta adecuado.

17.3. Por otro lado, se advierte que el artículo 297 del Código Penal prevé determinadas variables de la inhabilitación, que deben ser impuestas de conformidad con el caso concreto; por consiguiente, se advierte que de forma genérica se impusieron los numerales 1 (Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular), 2 (Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público), 4 (Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, **que deben especificarse en la sentencia**), 5 (Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela) y 8 (Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito).

17.4. Como se tiene indicado en la información personal, la encausada Facundo Huamán es ama de casa, mientras que el procesado Torrejón Manchay (foja 643) se dedica al comercio ambulatorio, por lo que, de conformidad con la inhabilitación propuesta en el numeral 1, no corresponde aplicársele este extremo de inhabilitación.

- 17.5.** Sobre la inhabilitación propuesta en el numeral 2, ambos quedan privados de obtener algún cargo, conforme estipula dicho numeral.
- 17.6.** Sobre el numeral 4, se inhabilita al encausado Torrejón Manchay para dedicarse al comercio ambulatorio. Por su parte, a la encausada Facundo Huamán, quien se dedica a labores de ama de casa, no corresponde inhabilitarla por este aspecto; no obstante, atendiendo a que sostuvo a nivel preliminar que se dedicó a la venta de comida y refrescos, se la inhabilita, al igual que a su coprocesado.
- 17.7.** Los numerales 5 (incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela) y 8 (privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito) no resultan de aplicación en el caso específico, por lo que corresponde anularlos.

DECISIÓN

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

- I. HABER NULIDAD** en la sentencia conformada del dieciséis de mayo de dos mil dieciocho (foja 643), en el extremo que se desvinculó de la acusación fiscal por el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, prevista en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, y subsumió los hechos en el artículo 296, primer párrafo, del citado código sustantivo; impuso ocho años de pena privativa de libertad a los procesados Benjamín Franklin Torrejón

Manchay y Florinda Facundo Huamán, ciento ochenta días multa e inhabilitación por el plazo de cinco años; y, reformándola, **CONDENARON** a los procesados **Benjamín Franklin Torrejón Manchay** y **Florinda Facundo Huamán** como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada, prevista en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, en agravio del Estado, y les **IMPUSIERON** trece años y dos meses de pena privativa de libertad, que computada desde el veintisiete de marzo de dos mil diecisiete, vencerá el veintiséis de mayo de dos mil treinta; ciento sesenta y cinco días multa e inhabilitación por el plazo de seis meses, conforme al artículo 36, incisos 2 y 4 del Código Penal.

II. NULA la misma sentencia en el extremo que impuso a los encausados las restricciones de inhabilitación previstas en los numerales 1, 5 y 8 del artículo 36 del Código Penal, de conformidad con lo desarrollado en la presente ejecutoria.

III. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.

Intervino el señor juez supremo Arias Lazarte por periodo vacacional del señor juez supremo Figueroa Navarro.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ARIAS LAZARTE

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 1282-2018
LIMA**

CHÁVEZ MELLA

ChM/jj