Sumilla: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La poca cantidad de droga incautada y la pretensión punitiva del Ministerio Público en su máxima jerarquía, permiten reducir la pena impugnada hasta una de naturaleza condicional.

Lima, quince de noviembre de dos mil dieciséis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, contra la sentencia conformada de folios trescientos cuarenta, de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima; en el extremo que le impuso la pena de seis años de pena privativa de libertad, como autora del delito contra la Salud Pública, en la modalidad de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio del Estado; y fijó la suma de tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; con lo demás que contiene.

De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo **CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI**, y.

CONSIDERANDO

§. HECHOS DE LA SENTENCIA CONFORMADA.-

PRIMERO: La sentencia impugnada, declara como hecho realmente acontecido, que el día 21 de mayo de 2009, siendo las quince horas aproximadamente, personal policial de la División de Investigación de Tráfico Ilícito de Drogas – DIRANDRO, con participación del Representante del Ministerio Público, se constituyeron a las instalaciones de la empresa DHL EXPRESS, ubicada en la calle Mar N°682, Urbanización Vulcano, del

Distrito de Ate, al tomar conocimiento respecto a una encomienda sospechosa, con Guía Aérea N° 9012662046, depositada el día anterior, por la procesada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, teniendo como destinatario a "Juan Traa", con dirección de entrega en 15310 SW 47 ST MIRAMAR FL 33027 – Estados Unidos de Norteamérica. Al practicársele el registro correspondiente, se obtuvo como resultado, el hallazgo de 0.060 gramos de clorhidrato de cocaína -conforme al Dictamen Pericial de Análisis Químico número 2550/2009, de folios treinta y cuatro- droga que se encontraba debidamente acondicionada en el interior de seis posavasos.

§. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.-

SEGUNDO: La Sala Penal Superior, impuso a la procesada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, la pena de seis años de pena privativa de libertad, expresando como fundamentos: **i)** el nivel de su cultura y costumbres [grado de instrucción: secundaria completa, de acuerdo a la ficha de RENIEC de cuarenta y dos]; **ii)** La ausencia de antecedentes penales; y, **iii)** La conclusión anticipada del juicio oral.

§. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

TERCERO: La defensa técnica de la procesada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, en su recurso de nulidad formalizado a folios trescientos cincuenta y cuatro, cuestiona el *quantum* de la pena, alegando básicamente los siguientes agravios: **a)** Que, los criterios de determinación de la pena empleados por la Sala Superior resultan inadecuados, toda vez que su defendida se acogió a los alcances de la conclusión anticipada del juicio oral; **b)** Que, no se ha tenido en cuenta las carencias sociales de su patrocinada, quien se dedicaba a la venta ambulatoria de comida en el Campo Ferial "Pimentel Siglo XXI" y con un ingreso mensual exiguo para

asumir la manutención de su menor hijo, de quien está a cargo exclusivamente; **c)** Que, no se valorado el nivel cultural y educacional de su defendida; **d)** No se ha ponderado que en el caso de autos, no se trató de una ingente cantidad de droga; sino por el contrario, la sustancia incautada es mínima; por lo que, una pena inferior a la impuesta por el Colegiado Superior sería razonable.

§. ANÁLISIS DEL CASO.-

CUARTO: Las consecuencias jurídicas del delito tienen como marco constitucional los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido para determinar si la pena impuesta a la procesada recurrente, se ajusta a dichos principios constitucionales, este Supremo Tribunal realizará un nuevo esquema punitivo. La imposición de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal [que vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y la proporcionalidad como límite máximo], como los artículos 45° y 46° del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, la primera denominada **"DETERMINACIÓN LEGAL"**, y la segunda rotulada como **"DETERMINACIÓN JUDICIAL"**. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución de la pena.

QUINTO: La pena conminada prevista para el ilícito incriminado, de acuerdo al artículo 296°, primer párrafo, del Código Penal [según su formulación vigente a la época de los hechos], se encuentra en un rango punitivo no menor de ocho ni mayor de quince años de pena privativa de libertad. No convergen circunstancias de agravación cualificada, como la reincidencia o habitualidad, cuyos efectos alterarían el límite máximo de la penalidad, configurando un nuevo marco de punición.

SEXTO: Situados en este primer ámbito de determinación legal de la pena, resta precisar la magnitud cuantitativa de la misma. En este punto, los presupuestos para fundamentar y determinar la pena que prevé el artículo 45° del Código Penal – texto original –, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido la procesada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, el nivel de su cultura y costumbres [grado de instrucción: secundaria completa, de acuerdo a la ficha de RENIEC de folios doscientos setenta y nueve], e incluso la ausencia de antecedentes penales [folios trescientos ocho]; *per se*, no fundamentan una rebaja por debajo del mínimo legal. Se trata de circunstancias genéricas de atenuación que sólo permiten aplicar la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta [ocho a quince años], según el artículo 46° del Código Penal [texto original]. En todo caso, corresponde ubicarla en el límite inferior de la pena básica, esto es, ocho años, a partir del cual procede reducir hasta por debajo del mínimo legal, atendiendo a otras circunstancias atenuantes y al mismo principio de proporcionalidad de la pena.

SÉTIMO: Ahora bien, en la perspectiva del derecho penal premial, a favor de la recurrente, confluye la conclusión anticipada del juicio oral, en cuyo acto la encausada admitió los cargos formulados por el Ministerio Público, evitando así la secuela de un juicio oral que demanda gastos al Estado. Esta circunstancia atenuante, se erige como regla de aminoración punitiva por bonificación procesal, y se justifica en el reconocimiento de culpabilidad al inicio del plenario, lo que entraña una respuesta punitiva menos intensa. Su operatividad es complementaria y surge luego de aplicar el procedimiento de determinación judicial de la pena. La reducción se aplicará después de que se fije una pena concreta, aunque los alcances finales de la misma arrojen un resultado cuantitativo inferior al

mínimo de la pena conminada para el delito [1]. Es de aplicación en este extremo, el Acuerdo Plenario número 05 – 2008/CJ – 116, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, de las Salas Penales de la Corte Suprema, correspondiendo la disminución punitiva por el efecto de la conclusión anticipada del juicio oral, en función a un sétimo de la pena concreta. En tal virtud, la sanción impuesta por el Colegiado Superior, esto es, seis años de pena privativa de libertad estaría bien determinada.

OCTAVO: Sin embargo, no puede soslayarse la pretensión punitiva del ente persecutor en su máxima jerarquía. En efecto el **FISCAL SUPREMO EN LO PENAL**, al emitir su dictamen correspondiente, de conformidad con el artículo 83° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, opinó porque se declare Haber Nulidad en la sentencia recurrida, y REFORMÁNDOLA, se le imponga a la recurrente la pena de, cuatro años de pena privativa de libertad [con carácter suspendida]. En esencia, su posición jurídica, obedece a los siguientes criterios: **i)** Que, la procesada LESCANO BEGAZO no representa una amenaza para la sociedad; **ii)** La cantidad ínfima de droga decomisada [según Dictamen Pericial de Química N° 5050/09, obrante a folios treinta y cuatro, corresponde a clorhidrato de cocaína con un peso neto de 0.060 gramos]; **iii)** Que, la recurrente cometió el delito inducida por su conviviente José Mauricio Caicedo Sánchez, tal como es de verificarse a folios trescientos doce, por lo que resulta prudente ubicar la pena por debajo del mínimo legal, con sujeción estricta a los principios de proporcionalidad, lesividad, culpabilidad y humanidad de la pena; **iv)** Que, la imposición de una pena con el carácter efectiva resulta innecesaria, en tanto que existen medios alternativos que, igualmente, permiten alcanzar objetivos constitucionales de la pena, es decir, la rehabilitación y reincorporación del penado a la Sociedad -inciso 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado-; y, **v)** Que,

[1] Prado Saldarriaga, Víctor. Determinación Judicial de la Penal. Instituto Pacífico. Lima 2015, pp. 62

no concurren razones fundadas para estimar que la suspensión de la pena no disuadirá a la encausada LESCANO BEGAZO a cometer un nuevo delito.

NOVENO: Como puede apreciarse, el titular de la acción penal y encargado de perseguir el delito por mandato constitucional, considera que una pena menor con carácter suspendida resultaría una pena justa y proporcional; criterio que es compartido por este Supremo Tribunal, en tanto se ajusta a los principios y valores de la constitución; sobre todo al principio acusatorio, que se erige como garantía inherente al debido proceso. En anteriores pronunciamientos [2], se instituyó como criterio generalizado, que el orden constitucional encomienda exclusivamente al Ministerio Público la persecución del delito. La base normativa está prevista en el artículo 159° de la Constitución Política del Estado, siendo potestad del Ministerio Público, entre otras, ejercitar, exclusivamente, la acción penal y formular la pretensión punitiva a nombre del Estado. En el caso analizado, vista la configuración jerárquica y el principio de unidad del Ministerio Público, como principios institucionales, debe prevalecer la posición del señor Fiscal Supremo [3]. Por esta razón, es correcto sostener que el Juez o Tribunal no pueden condenar por hechos distintos a los que han sido objeto de acusación, ni por delito distinto al atribuido al imputado, ni tampoco con una **pena más grave a la peticionada por dicha parte**; por lo que, es viable estimar que si el Ministerio Público, a través de su máxima instancia [Fiscal Supremo] decide lo contrario a lo pronunciado por el Fiscal Superior –conforme con la sentencia condenatoria

[2] Por todos, Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad número 921 – 2015/HUÁNUCO, de fecha 13 de abril de 2016; 1922 – 2015/HUÁNUCO, de fecha 25 de abril de 2016; 2906-2015/LIMA, de fecha 10 de agosto de 2016; y, 3231-2015/CUSCO, de fecha 14 de setiembre de 2016; entre otras.

[3] De conformidad con el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público: *"Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores".*

efectiva- predomina lo opinado por el Fiscal Supremo[4]; disponer lo contrario en tanto, configuraría una invasión a la autonomía constitucional del Ministerio Público, reconocida en el artículo 158° de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO: A mayor abundamiento, tal posición jurisprudencial ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia número 2920 – 2012 – PHC/TC Lima, de fecha veintitrés de agosto de dos mil trece, estableció: "*(...) los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que (...) el Ministerio Público es un órgano, orgánica y jerárquicamente estructurado, de modo que las competencias (...) atribuidas pueden ser ejercidas por los funcionarios determinados para tal efecto, quienes pueden actuar conforme a su criterio o conforme a lo ordenado o dispuesto por sus superiores (...)*" [fundamento jurídico octavo]. Al mismo tiempo, se destacó "*(...) en aplicación del (...) artículo 5° de la LOMP* – Ley Orgánica del Ministerio Público – *cuando un actuado llega a conocimiento del Fiscal Superior o Supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los Fiscales de menor jerarquía (...)*" [fundamento jurídico noveno, literal c].

DÉCIMO PRIMERO: Sobre la pena, este Supremo Tribunal considera que la pena privativa de libertad, si bien constituye la consecuencia jurídica más grave del delito; sin embargo, posee limitaciones en la perspectiva democrática del Estado y se rige bajo los principios de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. En el caso analizado, la puesta en peligro del bien jurídico protegido, ha sido mínima, por cuanto la cantidad de droga decomisada ha sido ínfima (0.060 gramos);

[4] Ver pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad número 1658 – 2014/LIMA, de fecha 15 de marzo de 2016. Caso: Walter Arturo Oyarce Domínguez. FJ quincuagésimo sexto.

en consecuencia, la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, según el artículo VIII del título preliminar del Código Penal. En ese sentido, la pena postulada por el Señor Fiscal Supremo comprende al principio de lesividad; y su carácter de suspendida se ajusta al principio de resocialización que prevé el artículo 139°, numeral 22, de la Carta Fundamental.

DÉCIMO SEGUNDO: El artículo 57° del Código Penal faculta al Juzgador suspender la ejecución de la pena siempre que: la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado; y la no condición de reincidencia o habitualidad. En el presente caso, se advierte que la nueva sanción a imponerse: **i)** No supera los cuatro años de pena privativa de la libertad; y, **ii)** Se estima una proyección positiva de la conducta futura de la recurrente ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, en función a dos factores: El primero, por su condición de agente primario [folios trescientos ocho]. Y el segundo, por el tiempo de reclusión efectiva hasta la fecha, computada desde su detención el cinco de noviembre de dos mil quince [folios doscientos setenta y seis], es decir, doce meses y diez días. En dicho periodo de tiempo, indudablemente, tuvo que internalizar el mandato prohibitivo de las normas penales aplicadas.

DÉCIMO TERCERO: Es importante señalar también que, no solo debe observarse a la condenada LESCANO BEGAZO en su actuar antijurídico, sino también en: [su] contexto familiar y otras circunstancias atenuantes como la forma y modo de realización del delito, así como la colaboración de la recurrente para la identificación o captura de otros responsables. En ese sentido, en el primer punto se tiene que estamos ante una persona que es madre soltera con un hijo menor edad, por mantener. En segundo lugar, la poca cantidad de droga incautada [0.060 gramos de clorhidrato de cocaína,

conforme fluye del Dictamen Pericial de Análisis Químico número 2550/2004, de folios treinta y cuatro]. Y finalmente, debe valorarse la conducta procesal de la procesada LESCANO BEGAZO, tal como se advierte del fundamento VII de la sentencia impugnada, donde se consigna que la recurrente brindó la identidad completa de la persona que le entregó el paquete que contenía la sustancia ilícita. Por lo tanto, vista la finalidad punitiva enraizada en el principio de prevención general positiva, es razonable y proporcional modificar la naturaleza de la sanción, suspendiendo su ejecución bajo reglas de conducta que señala la ley.

DÉCIMO CUARTO: Sobre la imposición de reglas de conducta, debe puntualizarse que éstas deben ser precisas y coherentes con la necesidad de comprobación de la prognosis favorable de la conducta futura, de la encausada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO.

DÉCIMO QUINTO: Finalmente, sobre los demás extremos de la sentencia, carece objeto emitir pronunciamiento por cuanto no han sido cuestionados por la procesada, habiendo quedado consentidos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I.- HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de folios trescientos cuarenta, de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que le impuso la pena de seis años de pena privativa de libertad a ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, como autora del delito contra la Salud Pública, en la modalidad de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio del Estado; y reformándola en dicho extremo; le **IMPUSIERON** a ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad; cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres

años, bajo las siguientes reglas de conducta: **a)** Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside; **b)** Concurrencia mensual al Juzgado Penal competente a fin de consignar su firma en el registro respectivo y la justificación periódica de sus actividades laborales; y, **c)** el pago de la reparación civil fijada [tres mil nuevos soles]; bajo apercibimiento de revocatoria y ordenarse la ejecución efectiva de la sanción en caso infrinja las aludidas reglas de conducta. **II) ORDENARON** la inmediata libertad de la encausada ROSA MARÍA LESCANO BEGAZO, siempre y cuando no exista otra orden o mandato de detención emitida por autoridad competente; **OFICIANDOSE** para tal efecto, vía fax, a la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, para los fines consiguientes y *los devolvieron*; Interviniendo el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por licencia del señor Juez Supremo Neyra Flores.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

PRINCIPE TRUJILLO

CHP/mcal.

15 NOV 2016

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA