



DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Sumilla. El delito de tráfico ilícito de drogas contempla tres clases de pena conjuntas. En cuanto a la pena privativa de libertad, la Sala Superior impuso al sentenciado el extremo mínimo, pero no consideró la bonificación procesal de un séptimo de la pena por la conclusión anticipada. Razón por la que se disminuye la pena privativa de libertad impuesta a doce años y once meses.

Sobre la pena de inhabilitación, es pertinente mantener solo la incapacidad del inciso 2, artículo 36, del Código Penal pues es la única que se relaciona con la comisión del delito en cuestión y se debe reducir su plazo al extremo mínimo de seis meses, en atención a la proporcionalidad que debe existir en la extensión de las copenalidades.

En lo concerniente a la multa, se ratifica la cantidad impuesta, por tratarse del mínimo legal.

Lima, dos de junio de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado **HILBERT DAMIRT GALLO CALLE** contra la sentencia del veintitrés de octubre de dos mil dieciocho (foja 919), emitida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el **extremo** que le impuso quince años de pena privativa de la libertad, por la comisión del delito contra la salud pública, en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y posesión, en perjuicio del Estado e inhabilitación conforme con los incisos 1, 2, 3, 4 y 5, artículo 36, del Código Penal por el plazo de un año y ciento ochenta días multa, con lo demás que contiene. Con lo expuesto por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

PRIMERO. Conforme con la acusación fiscal (foja 568), el catorce de julio de dos mil diecisiete, a las 23:59 horas, aproximadamente, por información del



personal policial perteneciente al Grupo Especial de Inteligencia Escorpión-Diriad-Dirando-PNP y con conocimiento de la fiscal, se intervino el Hostal La Perla ubicado en la avenida Nicolás Arriola N.º 2432 en San Luis, con la autorización del recepcionista de turno. El objetivo era la habitación N.º 203, donde se encontraba Francisco Zavaleta García y Yanela Rosita Rivera Palomino. A su vez, ambos autorizaron y consintieron voluntariamente que el personal PNP realice un registro de la habitación, en cuyo interior se encontraron dos cajones de madera con plátanos verdes.

Al preguntarle a Francisco Zavaleta García si dichas cajas tenían acondicionadas droga, respondió negativamente; sin embargo, cuando se extrajo el producto vegetal, se encontró en el fondo de cada caja seis envoltorios de forma rectangular tipo ladrillo precintados con cinta de embalaje transparente, papel platino y plástico transparente que contenía doce paquetes con una sustancia blanquecina. De acuerdo con el resultado preliminar de análisis químico de droga, dio positivo para clorhidrato de cocaína con un peso neto de 12 042 kg.

Asimismo, se tenía conocimiento de que Jesús Benito Zavaleta García (hermano de Francisco) y Hilbert Damirt Gallo Calle se encontraban en la habitación N.º 507, por lo que fueron intervenidos y conducidos a la delegación policial por estar involucrados en actividades de promoción y favorecimiento del consumo ilegal de drogas tóxicas.

Por estos hechos, el fiscal superior imputó a Hilbert Damirt Gallo Calle y a los hermanos Francisco y Jesús Benito Zavaleta García el delito de tráfico ilícito de drogas-promoción, favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y posesión, previsto en el artículo 296 del Código Penal (CP), con las circunstancias agravantes de los incisos 6 (pluralidad de agentes) y 7 (por la cantidad), del primer párrafo, artículo 297, del Código acotado. Solicitó **quince años de privación de libertad para cada uno**, trescientos días multa, e inhabilitación conforme con los incisos 1, 2, 4, 5 y 8, artículo 36, del CP. Asimismo, el pago solidario de diez mil soles, a favor del Estado.



SENTENCIA CONFORMADA

SEGUNDO. El juicio oral inició el veintinueve de mayo de dos mil dieciocho (foja 732) y en la tercera sesión del doce de junio del mismo año, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, Hilbert Damirt Gallo Calle, previa consulta con su abogado, se acogió a la conclusión anticipada del debate oral. Se continuó el juicio oral en contra de sus coprocesados y el veintitrés de octubre de dos mil dieciséis se emitió la sentencia en la que se absolvió a Jesús Benito Zavaleta García de la acusación fiscal y se condenó a Hilbert Damirt Gallo Calle y Francisco Zavaleta García por el delito de tráfico ilícito de drogas. Se les impuso quince años de pena privativa de libertad a cada uno.

La citada sentencia fue impugnada mediante recurso de nulidad por parte de los dos sentenciados, en el caso de Gallo Calle solo por el extremo de la pena. Mediante escrito del doce de marzo de dos mil diecinueve (foja 985) la defensa de Francisco Zavaleta García desistió de su recurso.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

TERCERO. La defensa del sentenciado Hilbert Damirt Gallo Calle formuló recurso de nulidad (foja 946) y como se anotó solo cuestionó el extremo de la pena impuesta en su contra, con base en los siguientes argumentos:

3.1. No se consideró la forma ni el modo de la comisión de los hechos, pues su participación fue circunstancial, ya que fue el Chino quien le solicitó que le guarde los dos cajones de plátano que contenían pacos, a lo que le sugirió que hable con su coprocesado Francisco Zavaleta García, para quien ambos trabajaban como estibadores. Además, tampoco se le encontró con elementos o indicios de que tuviese pleno conocimiento del origen y destino de la droga que fuera hallada en la habitación del mencionado coprocesado.

3.2. Su patrocinado carece de antecedentes penales, lo que permite que la Sala Superior imponga una pena por debajo del mínimo legal.

OPINIÓN DEL FISCAL SUPREMO EN LO PENAL

CUARTO. El fiscal supremo en lo penal estimó que, en el presente caso, no concurrió ninguna situación privilegiada que determine la pena por debajo



del mínimo legal, por lo que la pena impuesta por la Sala Superior debía mantenerse. En ese sentido, opinó no haber nulidad en la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

QUINTO. En el caso de autos, el sentenciado recurrió una sentencia conformada; por lo tanto, para resolver los agravios planteados en su recurso, se debe observar lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116¹.

Según el citado acuerdo, la conformidad procesal es una institución que tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa, de reconocer los hechos objeto de imputación concretados en la acusación fiscal y aceptar las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes. Por tanto, renuncia a la actuación de pruebas y el derecho a un juicio público. En tal sentido, los hechos se definen por la acusación con la plena aceptación del acusado y su defensa, sin injerencia de la Sala sentenciadora². En tal sentido, en la etapa impugnativa **tampoco se puede cuestionar un tema estrictamente probatorio.**

SEXTO. Ahora bien, de acuerdo con los agravios de la defensa, lo que se somete a conocimiento de esta Sala Penal Suprema es lo atinente a la corrección de la pena impuesta por la Sala Penal Superior, ya que la defensa considera que a su patrocinado le corresponde una sanción menor. Para ello, es preciso mencionar que el delito en cuestión contempla tres clases de penas conjuntas: **i)** Privativa de libertad. **ii)** Limitativa de derechos-inhabilitación. **iii)** Multa. Las cuales serán analizadas por separado, a continuación.

EN CUANTO A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

SÉPTIMO. Para este análisis, se deben observar los artículos 45 al 46 del CP y, en estricto, el segundo párrafo, del artículo 45-A, del acotado Código establece que la individualización de la pena privativa de libertad atiende a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no

¹ Del 18 de julio de 2008. Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada, fj. 8.

² Fj. 9 del citado acuerdo.



sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad.

Esto no implica una evaluación probatoria dado que Gallo Calle aceptó los hechos tal cual fueron descritos en la acusación, sino que se valora la importancia del bien jurídico tutelado, la gravedad y la trascendencia social del delito, así como el posible daño que se cause a las víctimas³.

En ese sentido, los hechos materia del presente proceso son graves, pues están vinculados con el delito de tráfico ilícito de drogas, en una cantidad que excedió los 10 kg de clorhidrato de cocaína, de ahí que se le condenó por las circunstancias agravantes de los incisos 6 y 7, del primer párrafo, artículo 297, del CP.

OCTAVO. En segundo lugar, se debe determinar cuál es la conminación penal prevista para el tipo materia de acusación e identificar las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas o específicas que concurran. Luego, es preciso verificar si se configura alguna causal de disminución de punibilidad y, de ser el caso, si son aplicables las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal.

Respecto a las primeras afectan la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito, pues tienen la aptitud de generar un umbral menor por debajo del mínimo legal en atención al grado de lesividad de la conducta o del nivel de intervención de los autores o partícipes, como en la tentativa (artículo 16), el error de prohibición vencible (artículos 14 y 15, *in fine*, del CP), las eximentes imperfectas (artículos 21 y 22 del CP), y la complicidad secundaria (artículo 25, *in fine*, del CP). En cuanto a las segundas, son premios o recompensas que inciden en la pena concreta como la conclusión anticipada de juicio oral⁴.

NOVENO. En el caso que nos ocupa, el delito materia de condena se encuentra sancionado con una pena de privación de la libertad no menor

³ Apelación de sentencia N.º 21-2019/Lima del 15 de julio de 2020, fj. 19. Ponente: Castañeda Otsu.

⁴ Casaciones 66-2017/Junín y 167-2018/Lambayeque. Ponente: Castañeda Otsu.



de quince ni mayor de veinticinco años. Al respecto, el fiscal superior en su dictamen solicitó el extremo mínimo, que fue impuesto por la Sala Superior.

DÉCIMO. En este ámbito de análisis, se advierte que la citada Sala le impuso a Gallo Calle el extremo mínimo de la pena, porque consideró que era aplicable el sistema de tercios, el cual consiste en dividir en tres segmentos el espacio punitivo de la pena conminada para el delito y según la concurrencia de las circunstancias atenuantes y/o agravantes **genéricas** del artículo 45-A del CP, la pena concreta puede situarse en el tercio inferior, intermedio o superior.

No obstante, dicho sistema opera en aquellos delitos que no contemplen circunstancias agravantes **específicas** (como algunos delitos de corrupción), o se trate de tipos derivados calificados o privilegiados (como el parricidio u homicidio por emoción violenta) que generalmente tampoco prevén alguna circunstancia específica.

DECIMOPRIMERO. Ahora bien, el delito de tráfico ilícito de drogas regula en el primer párrafo, del artículo 297, del CP, un catálogo de siete circunstancias agravantes específicas y, por lo anotado, no es aplicable el sistema de tercios. En estos casos, de manera proporcional se asigna un peso a cada agravante específica y en la medida que concurren más circunstancias, aumenta la pena hacia el extremo máximo.

Dado que Gallo Calle fue condenado por el delito en cuestión con las circunstancias agravantes de los incisos 6 (pluralidad de agentes) y 7 (por la cantidad) del citado dispositivo, la **pena concreta** no debía quedar en el extremo mínimo de quince años de privación de libertad, sino ser mayor. Sin embargo, se debe tener en cuenta la petición del fiscal y dado que la Sala Superior le impuso tal extremo, no es posible aumentarla en atención al principio de interdicción de la reforma en peor.

DECIMOSEGUNDO. En lo relativo a los agravios de la defensa, se aprecia que en efecto Gallo Calle carece de antecedentes penales y el sentenciado tenía cincuenta y un años al momento de los hechos. Por lo que no concurre ninguna causal de disminución de punibilidad.



DECIMOTERCERO. Sobre las reglas de bonificación procesal, se verifica que no es aplicable la disminución por confesión sincera puesto que el delito fue flagrante. No obstante, el recurrente se sometió a la conclusión anticipada, aspecto que, en criterio de la Sala Superior, solo se trataba de una circunstancia atenuante, cuando en realidad es una recompensa procesal que permite que a la pena concreta se le descuenta hasta un sétimo de la pena.

En este caso, la pena concreta fue de quince años de privación de libertad y con el referido descuento, resulta **doce años y once meses** de privación de libertad. El cual contabilizado desde el quince de julio de dos mil diecisiete (fecha desde la cual se encuentra recluso Gallo Calle), vencerá el **catorce de junio de dos mil treinta.**

EN LO CONCERNIENTE A LA PENA DE INHABILITACIÓN

DECIMOCUARTO. La pena de inhabilitación es una pena limitativa de derechos que suspende al sentenciado del ejercicio de determinados derechos o facultades de los cuales abusó en la comisión del delito; o cuando el hecho punible realizado por aquel, involucró la infracción de deberes especiales propios del cargo, profesión o función que desempeñaba.

Según el Acuerdo Plenario N.º 2-2008/CJ-116, a través de esta pena se priva, suspende o incapacita de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles al sentenciado. Por lo que, desde una perspectiva preventiva especial, la pena de inhabilitación debe quedar vinculada con el oficio o cargo de los cuales el sujeto se valió o podría valerse en el futuro para cometer el delito. Dicha conexión entre el ejercicio del derecho afectado y el delito cometido, debe ser motivado en la sentencia⁵.

En tal sentido, las incapacidades previstas en el artículo 36 del Código Penal que se impongan al sentenciado, deben guardar relación con el delito

⁵ Del 18 de julio de 2008. Asunto: Alcances de la pena de inhabilitación.



cometido⁶. Asimismo, dicha pena puede ser principal o accesoria, y conjunta o alternativa.

DECIMOQUINTO. Como se anotó, el delito en cuestión es el de tráfico ilícito de drogas, que regula la inhabilitación según los incisos 1, 2, 4, 5 y 8, artículo 36, del CP, como pena principal y conjunta. Al respecto, la Sala Superior le impuso a Gallo Calle las previstas del 1 al 4, del acotado dispositivo.

Por el principio de legalidad, se prohíbe la imposición de penas no previstas expresamente en el tipo penal al momento de los hechos. En ese sentido, es ilegal la imposición de la incapacidad del inciso 3 referida a la suspensión de derechos políticos. Sobre los incisos 1 (la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el sentenciado) y 4 (la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia) se aprecia que no están relacionados con el delito objeto de condena ni con la condición del recurrente, puesto que Gallo Calle era un estibador. En el mismo sentido, el inciso 5 que regula la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela no tiene vinculación con el presente caso.

Por lo anotado, corresponde mantener solo la incapacidad del inciso 2, esto es, la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público y dejar sin efecto, las previstas en los incisos 1, 3, 4 y 5.

DECIMOSEXTO. En cuanto al plazo, por ser una pena de inhabilitación principal, el artículo 38 del CP se extiende de seis meses a diez años. A lo que se agrega que por tratarse de una copenalidad, debe guardar proporcionalidad y razonabilidad con la cantidad de la pena privativa de libertad impuesta⁷ que, en este caso, fue el extremo mínimo.

Por tal razón, la pena de inhabilitación por el plazo de un año debe ser rebajado también al extremo mínimo, es decir, seis meses.

⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. *La dosimetría del castigo penal*. Lima: Idemsa, 2018, p. 72.

⁷ Recurso de Nulidad N.º 753-2018/Lima del 7 de agosto de 2018.



SOBRE LA PENA DE MULTA

DECIMOSÉPTIMO. Es una pena de naturaleza pecuniaria que consiste en el pago de una cantidad de dinero que el sentenciado debe realizar a favor del Estado. Entonces, el importe dinerario constituye el principal indicador de la mayor o menor extensión y gravedad de esta pena. La cual tampoco debe asimilarse o confundirse con aquellas sanciones administrativas o disciplinarias que también reciben la denominación de multa, dado que esta es estrictamente impuesta en el marco del proceso penal⁸.

DECIMOCTAVO. El delito materia de autos prevé ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, y de acuerdo con lo mencionado anteriormente sobre la proporcionalidad de las copenalidades, fue correcto que a Gallo Calle le impusieran el extremo mínimo de ciento ochenta días multa, la que se ratifica.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **DECLARARON:**

I. HABER NULIDAD en la sentencia del veintitrés de octubre de dos mil dieciocho (foja 919), emitida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que impuso a **HILBERT DAMIRT GALLO CALLE** quince años de pena privativa de la libertad, por la comisión del delito contra la salud pública, en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y posesión, en perjuicio del Estado. **REFORMÁNDOLA**, le impusieron doce años y once meses de pena privativa de libertad, la que contabilizada desde el quince de julio de dos mil diecisiete, vencerá el **catorce de junio de dos mil treinta**.

II. HABER NULIDAD en la referida sentencia en el extremo que le impuso a Hilbert Damirt Gallo Calle inhabilitación conforme con los incisos 1, 2, 3, 4 y 5, artículo 36, del Código Penal, por el plazo de un año. **REFORMÁNDOLA**, le impusieron inhabilitación conforme con el inciso 2, artículo 36, del acotado Código, por el plazo de seis meses y **DEJARON SIN EFECTO** la inhabilitación de

⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. *Ob. cit.* p. 121.



los incisos 1, 3, 4 y 5 del citado dispositivo.

III. NO HABER NULIDAD en la referida sentencia en el extremo que impuso a Gallo Calle ciento ochenta días multa, con lo demás que contiene.

IV. DISPONER que se devuelvan los autos a la Sala Superior y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

Intervino el juez supremo Bermejo Rios por licencia del magistrado supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

BERMEJO RIOS

SYCO/ rbb