



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

Lima, veintitrés de julio de dos mil diez.

VISTOS; oído el informe oral en audiencia pública; el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE ANDAHUAYLAS y los encausados WILDER CHUNGUI PALOMINO, FREDI LUIS ORTEGA GUTIÉRREZ, GUIDO GONZÁLES ORTEGA y LOURDES SEGUNDINA SERNA PALOMINO contra la sentencia de fojas mil veintidós, del treinta de diciembre de dos mil nueve, que.

1. Condenó a Guido Gonzáles Ortega y Fredi Luis Ortega Gutiérrez como autores de la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años, así como al pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil que abonarán solidariamente a favor del Estado.
1. Condenó a Wilder Chungui Palomino y Lourdes Segundina Serna Palomino como cómplices secundarios del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a cinco y cuatro años de pena privativa de libertad, respectivamente, y ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años, así como al pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil que abonarán solidariamente a favor del Estado.
2. Absolvió a Edwin Ramírez Delgado y Rusbel Hugo Castillo Ccacca de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que el señor Fiscal Superior de Andahuaylas en su recurso formalizado de fojas mil doscientos veintidós alega que existen elementos de prueba que vinculan con el delito juzgado al encausado Ramírez Delgado, pues con su primo Castillo Ccacca fue a recoger unas personas, que en realidad eran



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

quienes transportaban droga —entre ellos, Gonzáles Ortega y Chungui Palomino, quienes llevaron tapers de comida-. De igual manera, el acusado Castillo Ccacca trasladó en su vehículo station wagon a Wilder Chungui Palomino hasta el sector de Huampica, llevando la comida para las personas que transportaban droga, viaje en el que también acompañó Ortega Palomino, con quien regresó en el mismo vehículo, siendo detenido luego de haber efectuado diversos traslado a sus coimputados. Por tanto, ambas absoluciones carecen de mérito.

El título de intervención de Chungui Palomino no ha sido de cómplice sino de autor. Él integró la organización, cuyo rol era de llevar alimentos. La pena impuesta debe ser incrementada.

La pena impuesta a Guido Gonzáles Ortega es desproporcionada porque fue el único imputado a quien se le incautó droga: siete kilos con cien gramos de pasta básica de cocaína. Por otro lado, la pena impuesta a Lourdes Segunda Serna Palomino es insatisfactoria porque tenía la función, dentro de la organización, de preparar la comida y entregarla en tapers a Wilder Chungui. Finalmente, la pena impuesta a Fredi Luis Ortega Gutiérrez debe ser aumentada porque es el que contrató a Wilder Chungui Palomino para que lleve los tapers con comida a los "mochileros", entre ellos a Guido Gonzáles Ortega. Él fue quien llevó a Wilder Chungui Palomino hasta el sector de Huampica, donde lo dejó para que llevara la comida hasta donde se encontraban las personas que traían la droga; él también contrató los servicios de taxi de Castillo Ccacca y Ramírez Delgado.

**SEGUNDO:** Que el encausado Chungui Palomino en su recurso formalizado de fojas mil ciento noventa y dos sostiene que se le condene en base a indicios y que el hecho de llevar comida a las personas encargadas de transportar droga no significa que participó en este delito, pues su conducta fue a pedido de un tercero y a cambio de una contraprestación. En todo caso, el encausado Fredi Luis Ortega Gutiérrez le dijo que eran sus peones y no transportadores de droga.



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

**TERCERO:** Que el encausado Ortega Gutiérrez en su recurso formalizado de fojas mil doscientos siete afirma que no se han encontrado indicios de la responsabilidad penal que se le atribuye. Sus co encausados Ramírez Delgado, Gonzáles Ortega y Chungui Palomino no lo sindicaron ni identificaron como autor del delito ni como integrante de la organización delictiva.

**CUARTO:** Que el encausado Guido Gonzáles Ortega en su recurso formalizado de fojas mil doscientos once aduce que realizó el transporte de droga de manera circunstancial; que el grupo de seis personas con quienes ocasionalmente se encontró lo obligaron a cargar la mochila de un sujeto llamado "Sihuas" bajo amenaza de muerte; que, mediante violencia, fue obligado a autoincriminarse en sede policial; que no se ha probado que actuó en concierto con por lo menos tres agentes y, en todo caso, es aplicable el tipo básico de tráfico ilícito de drogas.

**QUINTO:** Que, finalmente, la acusada Serna Palomino en su recurso formalizado de fojas mil doscientos uno refiere que fue condenada pese a la inexistencia de indicios en su contra. Sus coimputados Ramírez Delgado, Gonzáles Ortega y Chungui Palomino no la sindicaron como miembro de la organización delictiva. Si bien se dedica a la venta de comida, ello no implica que cometió el delito de tráfico ilícito de drogas, aún en el caso que en efecto la haya vendido a narcotraficantes.

**SEXTO:** Que de autos aparece lo siguiente:

- A. El día veintitrés de marzo de dos mil ocho, como a las cuatro horas con treinta minutos de la tarde, cuando personal policial de la base antidrogas de Ocobamba realizaba un patrullaje de interdicción de drogas en la zona de Cocas — Huampica, del distrito de Andarapa, Provincia de Andahuaylas, observaron a seis individuos que caminaban con dirección al río Pampas, quienes fueron intervenidos a la altura del sector denominado Huampica. Solo se detuvo a Guido González Ortega, mientras los demás lograron darse a la fuga. A este último se le incautó una mochila conteniendo ocho paquetes



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

- rectangulares con un total de siete kilos con cien gramos de pasta básica de cocaína, y diecisiete cartuchos calibre veintitrés milímetros.
- B. Posteriormente, como a las ocho y treinta de la noche, personal policial que se encontraba en la avanzada de la patrulla logró capturar, aproximadamente a cinco kilómetros del indicado lugar, al encausado Wilder Chungui Palomino — logístico del grupo anteriormente intervenido-, a quien se encontró en su poder una mochila con siete tapers con residuos de comida —el había sido observado por el personal policial junto con las personas que transportaban droga-, en cuyo acto, con presencia del Fiscal, reconoció que era el encargado de llevar los alimentos al personal que venía transportando droga en la modalidad de cargachos y/o mochileros, y que fue contratado por Fredi Luis Ortega Gutiérrez. En horas de la mañana de ese día el citado encausado fue a la casa de este último, donde se encontraba la esposa del citado Ortega Gutiérrez, quien lo hizo almorzar y le entregó siete tapers con alimentos, que los llevó por los alrededores del pueblo de Cocas, donde los entregó a los mochileros.
- C. Cuando el personal policial se encontraba en el Centro Poblado Menor Huampica, como a las ocho horas con treinta minutos de la noche, se intervino a Edwin Ramírez Delgado y Rusbel Castillo Ccacca, quienes conducían dos vehículos de transporte público — taxi. Como en ese momento no se encontró indicios de transporte de droga se les dejó ir. Sin embargo, como consecuencia de las informaciones que proporcionaron Gonzáles Ortega y Chungui Palomino, se advirtió que ambos fueron contratados por Fredi Luis Ortega Gutiérrez para que lo trasladen, se les detuvo en Andahuaylas.
- D. Ramírez Delgado, el veintitrés de marzo de dos mil ocho, como a las siete y treinta de la noche, cuando estaba haciendo cola con su vehículo en el paradero de taxis del distrito de Talavera fue contactado por su primo Castillo Ccacca, quien estaba acompañado de Ortega Gutiérrez, para que transporte a un individuo llamado Mario de la localidad de Huarataca. Es así que conjuntamente con el vehículo conducido por Castillo Ccacca, que llevaba a



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

Ortega Gutiérrez, fueron al lugar indicado pero no ubicaron al citado individuo. Es así que su primo con este último se dirigieron de regreso a Andahuaylas.

**SÉPTIMO:** Que, en cuanto a la situación jurídica de los encausados Edwin Ramírez Delgado y Rusbel Hugo Castillo Ccacca, la prueba de cargo sólo establece que son taxistas y que el segundo trasladó al encausado Fredi Luis Ortega Gutiérrez realizando un servicio de taxi, así como a pedido de este último ubicó a su primo, el taxista Ramírez Delgado, al mismo Ortega Gutiérrez contrató para realizar un transporte de un individuo de nombre "Mario", el que ni siquiera concretó porque no se le ubicó. No existen pruebas de que ambos taxistas transportaron droga o que, dentro de la ejecución de un concreto plan criminal, a sabiendas, apoyaron el traslado de individuos participantes de ese plan para realizar una tarea ejecutiva específica vinculada a una actividad de tráfico en curso. En consecuencia, transportar a unas personas que lo soliciten en el marco de su actividad de taxistas no puede, en modo alguno, ser calificada de delictiva. Los imputados no adaptaron su conducta, en si misma inocua, a un hecho criminal en fase de ejecución.

Sus declaraciones plenariales de fojas novecientos cincuenta y siete y novecientos veintiséis no han sido enervadas con prueba de cargo alguna. Es verdad que Castillo Ccacca llega a sostener que la persona a quien le hizo un servicio de taxi no es su coimputado Ortega Gutiérrez, y que su primo y coencausado Ramírez Delgado no identifica al citado encausado. Empero, tales versiones, desde el análisis de su concreta intervención, de carácter neutral, no son significativas.

Por otro lado, no existe prueba que Ortega Gutiérrez contrató a Castillo Ccacca para que traslade a Wilder Chungui Palomino hasta el sector de Huampica, llevando la comida para las personas que transportaban droga. Este último no avala ese cargo, el reconocimiento fotográfico de fojas setenta y dos es negativo.

La absolución dictada está arreglada a Derecho.



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

**OCTAVO:** Que, en lo concerniente a la situación jurídica del encausado Guido Gonzáles Ortega, la prueba de cargo es sólida: fue capturado en flagrancia delictiva cuando integraba un grupo de personas que transportaban droga en sus mochilas. La Ocurrencia Policial, transcrita a fojas dos y tres, y el acta de registro e incautación de fojas dieciocho, en concordancia con los dictámenes periciales químico y de balística forense de fojas cuatrocientos veintinueve y setenta y cinco, respectivamente, son definitivas. En su manifestación de fojas cuarenta y ocho, prestada con asistencia del Fiscal y de su abogado defensor, admitió los cargos, aunque trató de minimizarlos alegando que ocasionalmente integró el grupo de "mochileros" y que luego de aceptar los sujetos le dijeron que si se escapaba lo matarían.

La alegación de que fue maltratado por la policía para que admita los cargos no tiene base material. Las lesiones levísimas que presenta no fueron inferidas en el acto de su declaración sino con motivo de su captura. En sede sumarial y plenarial, retractándose, afirmó que fue amenazado por "Sihuas", el líder del grupo, para que traslade parte de la droga que ellos transportaban (fojas ciento veintitrés y novecientos treinta y uno). Empero, tal versión no tiene el menor fundamento probatorio —es claro, por lo demás, que toda versión excluyente de responsabilidad, habiéndose acreditado la materialidad del transporte de droga en este caso, debe ser probada por quien la alega, lo que no ha sucedido en el presente caso-.

Se ha condenado al imputado bajo el subtipo agravado de pluralidad de personas, tipificación correcta en tanto en cuanto integro un grupo compacto de seis personas o más para transportar droga conjuntamente con ellos. La pena impuesta es la mínima prevista en el subtipo agraviado en cuestión: artículo doscientos noventa y siete, inciso seis del Código Penal. No existen razones, vinculadas a la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho, para agravarla.

**NOVENO:** Que, en lo referente a la situación jurídica del encausado Fredi Luis Ortega Gutiérrez, esta probada su intervención delictiva en los hechos juzgados,



## **SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N°472-2010**

### **APURÍMAC**

descubiertos por la policía, pues se vinculó a los que contactaron y conducían a los "mochileros" para el transporte de droga. El encausado Wilder Chungui Palomino lo identificó plenamente como el individuo que lo contrató para llevar comida a los "mochileros" en un sector cercano al pueblo de Cocas. Incluso Ortega Gutiérrez lo llevó a su casa, donde fue atendido por su esposa Lourdes Serna Palomino, quien le dio de almorzar, preparó los tapers de comida y se los entregó para que los lleve a los "mochileros".

El imputado huyó una vez se consolidó la intervención policial, y amen de negar los cargos presentó una constancia de trabajo falsa —véase constancia de fojas seiscientos nueve, negada por la empresa Graña & Montero de fojas novecientos cincuenta y uno-. Chungui Palomino lo señaló e identificó en sede preliminar y sumarial, como consta de fojas treinta, cincuenta y tres, ciento diecisiete y trescientos diecinueve. Corroboran esas sindicaciones, primero, el acta de reconocimiento fotográfico de fojas setenta, y las actas de fojas trescientos diecinueve y trescientos cuarenta y cuatro en las que la propietaria del inmueble refiere que lo alquiló a Lourdes Serna Palomino e identificó a Ortega Gutiérrez como el esposo de esta última.

Estas pruebas descartan la ulterior retractación de Chungui Palomino de fojas novecientos sesenta.

El acusado Ortega Gutiérrez, por consiguiente, es quien coordinaba que los "mochileros", que transportaban droga, recibieran sus alimentos. El es parte de la trama delictiva que garantizaba el transporte de droga, proporcionando la logística necesaria, y cuidaba que los "mochileros" cumplieren el rol al que se comprometieron y venían ejecutando.

El subtipo agravado de tráfico ilícito de drogas: intervención en el hecho con una pluralidad de personas (los "mochileros" y los que operaban y conducían la red de comercialización de la droga) —artículo doscientos noventa y siete, inciso seis del Código Penal-, es plenamente aplicable a su intervención. La pena impuesta, sin embargo, debe aumentarse, si se tiene en cuenta el número de participantes en el



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

delito y las lógicas de su intervención delictiva, de más importancia y compromiso con la ejecución del delito. Por consiguiente, atento a lo dispuesto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, la pena privativa de libertad debe incrementarse a dieciocho años.

**DÉCIMO:** Que, en lo atinente a la situación jurídica del encausado Wilder Chungui Palomino, si se tiene en cuenta que fue incorporado en la red delictiva en este concreto acto de tráfico de droga bajo la modalidad de transporte de droga con el concurso de "mochileros" por su coimputado Ortega Gutiérrez, a cuyo efecto adaptó su actividad de taxista conforme al pedido de este último, al punto que fue a la casa de este último, donde almorzó y recabó los tapers de comida, que los llevó a una localidad cercana al pueblo de Cocas, donde se las dio a los "mochileros", a quienes esperó que coman y luego recogió los tapers para devolverlos a sus coimputados.

Este hecho no es un acto neutral. El imputado estaba en condiciones de advertir que realizaba un aporte objetivo, de carácter material, para garantizar el transporte de droga —la forma en que fue contactado, lo que realizó y cómo lo hizo, dan cabal cuenta que estaba al tanto de que apoyaría la labor de transportadores de droga-, y bajo ese conocimiento, previo contacto y acuerdo con el coordinador de esa actividad, Ortega Gutiérrez, llevó los alimentos al grupo de "mochileros". Su rol como taxista es trasladar a clientes que le piden su servicio, pero en este caso la ruta que siguió no era la común u ordinaria, adaptó su comportamiento al hecho criminal; y, para ello, previamente acordó lo que debía hacer con su coimputado Ortega Gutiérrez. No se trata, por consiguiente, de una conducta inocua o neutral.

Ahora bien, si se toma en cuenta el sigilo necesario para la realización de estas actividades, que aportó al hecho típico de otros su vehículo para garantizar la entrega de alimentos a los "mochileros" sin mengua de su seguridad, y que previamente se contactó con Ortega Gutiérrez, quien lo involucró en esta tarea de





## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

apoyo al hecho delictivo, es claro que el título de participación es la de cómplice primario. Desde luego no es coautor del hecho típico como propone la Fiscalía Superior, pues sólo realizó actos de auxilio material al transporte de droga en curso —no co dominó el hecho del transporte de la droga y es ajeno a la dirección y coordinación de esa actividad-, pero el alcance de su aporte no fue secundario como precisó el Tribunal *A Quo*, sino necesario, pues, a partir de sus marcos de actuación posibilitó el curso del hecho criminal en la medida en que sin su intervención debía facilitar alimentos a los mochileros en una zona determinada y evitar de esa forma que no ingresen a localidades o pasen por lugares que pongan en riesgo las tareas de transporte exitoso de droga. En esas condiciones el riesgo de que el plan se detenga sin su concreta intervención era significativo (artículo veinticinco, primer párrafo, del Código Penal).

Siendo así, la pena debe incrementarse, pues debe ser reprimido con la pena prevista para el autor; es decir, no menor de quince años de privación de libertad. Ésta es, por consiguiente, la pena que debe imponerse.

**UNDÉCIMO:** Que, respecto de la situación jurídica de la acusada Lourdes Segundina Serna Palomino, está probado su vínculo convivencial con el encausado Ortega. Gutiérrez, así como que atendió al encausado Chungui Palomino y le entregó los tapers para que se los haga llegar a los "mochileros". Su absurda negativa (instructiva de fojas quinientos treinta y siete y declaración plenarial de fojas novecientos cuarenta y tres), enervada por las evidencias indicadas en el fundamento jurídico noveno, no hace sino reforzar la conclusión de que a sabiendas contribuyó a afianzar el acto de transporte proporcionando alimentos a los "mochileros".

Es evidente que sabía que la comida que preparaba estaba destinada a esos individuos. Este hecho, en tales condiciones, no es una conducta inocua, pues estaba preordenada a apoyar esa ilícita actividad. No se trata de servir alimentos a una persona en el curso regular de una actividad regularmente desarrollada, sino de una adaptación de su comportamiento al hecho delictivo. El predio que



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

alquiló y donde preparó los alimentos no estaba destinado al expendio de comida, ni esta probado acabadamente que se dedicaba a esa actividad. En coordinación con su conviviente cumplía esta tarea para los "mochileros".

La Fiscalía Superior no ha cuestionado el título de participación: complicidad secundaria. Sólo pide el incremento de pena en atención al rol que cumplió en esta trama delictiva. Si se tiene en cuenta su nivel de involucramiento con el hecho, la entidad del aporte que realizó y lo relativamente significativo para que el plan delictivo pueda consolidarse, es claro que la pena debe aumentarse proporcionalmente a ocho años de privación de libertad, conforme a los artículos veinticinco *in fine*, cuarenta y cinco, cuarenta y seis y doscientos noventa y siete, inciso seis del Código Penal.

**DUODÉCIMO:** Que, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos del Código Penal, la pena de inhabilitación esta circunscripta a las incapacitaciones previstas en los incisos uno, dos, cuatro, cinco y ocho del artículo treinta y seis del Código Penal, delimitación que no se ha establecido en el fallo recurrido, por lo que es del caso integrarlo para concretar la referida pena.

### DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

- I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil veintidós, del treinta de diciembre de dos mil nueve, en cuanto Absolvió a Edwin Ramírez Delgado y Rusbel Hugo Castillo Ccacca de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.
- II. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia en la parte que



## SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°472-2010

### APURÍMAC

Condenó a Guido Gonzáles Ortega y Fredi Luis Ortega Gutiérrez como autores de la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, e impuso al primero quince años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años, y, al segundo, ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años; con lo demás que al respecto contiene.

- I. Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que impuso at encausado Fredi Luis Ortega Gutiérrez quince años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** dieciocho arios de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo vencerá el veintinueve de diciembre de dos mil veintisiete.
  
- IV. Declararon **HABER NULIDAD** en la citada sentencia en la parte que condenó a Wilder Chungui Palomino como cómplice secundario del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a cinco años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años; reformándola: lo **CONDENARON** como cómplice primario del referido delito en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el veintitrés de marzo de dos mil ocho al trece de agosto de dos mil ocho, vencerá el tres de julio de dos mil veinticuatro, ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años.
  
- V. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la mencionada sentencia en el extremo que condenó a Lourdes Segundina Serna Palomino como cómplice secundario del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a ciento ochenta días multa e inhabilitación por tres años; con lo demás que al respecto contiene. Declararon **HABER NULIDAD** en cuanto le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; reformándola: le **IMPUSIERON** ocho años de pena privativa de libertad, cuyo



**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N°472-2010**

**APURÍMAC**

cómputo se efectuará producida su captura.

- IV. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contiene y es materia del recurso.
  
- VI. **INTEGRARON** la sentencia recurrida respecto de la pena de inhabilitación impuesta a los condenados. En consecuencia: **PRECISARON** que las incapacitaciones son las previstas en los incisos uno, dos, cuatro, cinco y ocho del artículo treinta y seis del Código Penal.
  
- IV. **MANDARON** se devuelva el proceso al Tribunal de origen para los fines de la ejecución de la pena y reparación civil.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO**

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO