



**Sustitución de pena por retroactividad
benigna**

Sumilla. La Ley número treinta mil setenta y seis no modifica la sanción del delito de tráfico ilícito de drogas, solo incorpora unas pautas destinadas a ordenar el proceso de individualización de la pena, a fin de evitar la arbitrariedad judicial.

Lima, treinta de enero de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso interpuesto por el encausado **Armando Souza del Águila** contra el auto superior del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete (foja tres mil trescientos), que declaró improcedente su solicitud de sustitución de pena por retroactividad benigna, que le fue impuesta en la sentencia conformada del veintiséis de marzo de dos mil diez (foja dos mil ochenta y uno), en el proceso que se le siguió como autor del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado. De conformidad con lo opinado por la señora fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

§ I. De la pretensión impugnativa

Primero. El recurrente Souza del Águila, al fundamentar su recurso a fojas tres mil trescientos doce y tres mil trescientos veintiuno, insistió en la fundabilidad de su pedido de sustitución de pena por retroactividad benigna.

Manifestó que la Ley número treinta mil setenta y seis, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece, incorporó y modificó artículos en materia procesal referidos a la determinación de la pena. Así,



mediante el artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal se estableció la aplicación de tercios en la dosificación de la pena, y le corresponde al recurrente la del tercio inferior, por carecer de antecedentes penales y no concurrir ninguna circunstancia que agrave su conducta. A ello debe sumársele la reducción de un tercio de la pena, conforme al artículo ciento sesenta y uno del Código Procesal Penal, modificado por la Ley número treinta mil setenta y seis, pues el recurrente se acogió a la confesión sincera, colaboró con la justicia, no fue intervenido en flagrancia y no es reincidente ni habitual. Además, precisó que no formó parte de una organización delictiva. Pidió que se le rebaje la pena impuesta a ocho o diez años de privación de libertad.

§ II. *Pronunciamiento del Tribunal Supremo*

Segundo. Contra el recurrente Armando Souza del Águila se siguió un proceso por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, en virtud de su favorecimiento al consumo ilegal de clorhidrato de cocaína, mediante actos de almacenamiento y tráfico. El sentenciado actuó como integrante de una organización delictiva y la cantidad de droga incautada destinada a su comercialización alcanzó los treinta y dos punto ochocientos cuarenta y siete kilos de clorhidrato de cocaína. Los hechos fueron tipificados en el artículo doscientos noventa y seis, concordante con el doscientos noventa y siete, incisos seis y siete, del Código Penal (véase la acusación fiscal a foja mil novecientos sesenta y cinco). En la segunda sesión de juicio oral, del veinticinco de marzo de dos mil diez, el procesado Armando Souza del Águila, previa conferencia con su abogado defensor, se sometió a la conclusión anticipada (foja dos mil sesenta y siete), por lo que el Tribunal Superior lo condenó a trece años de pena privativa de libertad (véase la sentencia a foja dos mil ochenta y uno).

Tal decisión fue declarada consentida, a falta de recurso impugnatorio (foja dos mil ochocientos noventa y cinco).

Tercero. Mediante escrito del diecinueve de julio de dos mil diecisiete, el sentenciado Armando Souza del Águila solicitó la aplicación del artículo seis, segundo párrafo, del Código Penal y la sustitución de pena por retroactividad benigna (foja tres mil doscientos treinta y seis), lo que fue rechazado por el Tribunal Superior; por lo que se interpuso el recurso de nulidad materia de pronunciamiento, de conformidad con lo previsto por el artículo doscientos noventa y dos, literal d, del Código de Procedimientos Penales.

Cuarto. El artículo seis, segundo párrafo, del Código Penal prevé la aplicación del principio de retroactividad benigna si durante la ejecución de una sanción se dicta una ley más favorable al condenado. Se trata de la aplicación de una ley posterior que modifica las condiciones de incriminación del delito variándolo favorablemente.

Ahora bien, la benignidad del citado dispositivo está referida, en esencia, a la modificación de la pena. Sin embargo, puede tratarse de la variación de otros medios siempre que guarden relación directa con la sanción¹.

¹ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*. Tercera edición. Lima: Grijley, 2005, p. 316. Hace referencia a la incorporación de una causa de justificación. Por ejemplo, el director de prisión condenado por un delito contra la administración de justicia, debido a que concedió permiso (no permitido por la ley) a un delincuente que aprovechó la ocasión para fugarse podrá ser dejado en libertad si durante el cumplimiento de la condena se autoriza mediante la ley la concesión de tales salidas. No se hace desaparecer el tipo penal. Más bien, el comportamiento es justificado conforme a la causa de justificación prevista en el artículo veinte, inciso ocho, del Código Penal, esto es, el obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Quinto. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley número treinta mil setenta y seis, introdujo un procedimiento que permite definir de modo cualitativo y cuantitativo cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito desde un razonamiento lógico que justifique de manera interna y externa la decisión adoptada².

No se trata de una modificación en el extremo de la cantidad de la sanción penal ni de una introducción de alguna circunstancia que disminuya el reproche del ilícito, sino de pautas que permiten superar la arbitrariedad judicial en la dosificación de la pena, por lo que no se presenta el supuesto de hecho de la norma invocada. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Penal no redujo la pena prevista para el delito de tráfico ilícito de drogas agravado materia de condena ni introdujo alguna modificación asociada directamente con la sanción penal que favoreciera al recurrente.

Sexto. Corresponde resaltar que la sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la sanción, los que son inmutables³.

En tal sentido, no es de recibo la discusión sobre la pertenencia del recurrente Armando Souza del Águila a una organización criminal, pues así lo declaró el Tribunal de Juzgamiento en el proceso común declarativo de condena. Luego, la figura jurídica de la confesión sincera no es nueva. Aquella está regulada en el artículo ciento treinta

² PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR. "La determinación judicial de la pena". En: *Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, 2007, pp. 25-63. Revisado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2013, p.179.



y seis del Código de Procedimientos Penales, y su inaplicación no puede ser materia de cuestionamiento vía el instituto jurídico de sustitución de pena, pues este dispositivo no está previsto para revalorar si se presentó o no una atenuante. Es en el procedimiento común donde se discute aquello.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso defensivo y declarar que la impugnada se emitió conforme a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en el auto superior del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete (foja tres mil trescientos), que declaró improcedente la solicitud de sustitución de pena por retroactividad benigna planteada por el condenado **Armando Souza del Águila**, en el proceso que se le siguió como autor del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado. Hágase saber a las partes personadas en esta Sede Suprema, y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

PT/vimc

