



Declaración de los testigos impropios en el delito de tráfico ilícito de drogas

Cuando el testimonio de los testigos impropios se considera prueba de cargo está sujeto –al momento de ser valorado– a criterios de certeza; parámetros que determinan la responsabilidad penal y enervan el principio de presunción de inocencia. Tales criterios son los de ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación, previstos en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116.

Lima, catorce de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado **Máximo Juan Lozano Potosino** contra la sentencia del veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Satipo de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central, que lo condenó como autor del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada, en agravio del Estado, a veinte años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 25 000 (veinticinco mil soles) el monto por concepto de la reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado; con lo demás que al respecto contiene. De conformidad, en parte, con lo opinado por la señora fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.

CONSIDERANDO

I. Expresión de agravios

Primero. El encausado Lozano Potosino fundamenta su recurso de nulidad (foja 1063) y alega que:

1.1. La Sala Penal Superior consideró las declaraciones de los hermanos Fredy y Samuel Arje Gamboa, las cuales vinculan al



sentenciado y –según el Colegiado– son fundamentales para determinar su responsabilidad por los hechos, sin analizar la teoría del caso formulado por el fiscal, quien sustentó la acusación con la participación de todos los imputados. No obstante, Edgar Arge Gamboa señaló no conocer a Maximiliano Lozano Potosino; así, se encuentra acreditada la inexistencia de una relación personal entre estas dos personas y no existe vinculación alguna que acredite su responsabilidad penal, lo que refuta la teoría del caso del señor fiscal.

- 1.2.** Se acreditó que no existen elementos de convicción que acrediten que el sentenciado realizó llamadas telefónicas a Fredy Arje Gamboa; tampoco existe acreditación de alguna relación entre Antonio Francisco Regalado (sentenciado) y el recurrente, quienes no se conocen y tampoco registraron llamadas telefónicas entre ellos, si bien existe una declaración inculpativa contra el sentenciado por parte de Samuel Arje Gamboa, tal inculpativa no guarda solidez, ya que el citado testigo señala que el acusado lo contrató para transportar maní por la suma de S/ 500 (quinientos soles), y que le entregó en garantía USD 2000 (dos mil dólares americanos), lo cual resulta incoherente y nada creíble; por tanto, no se cumple con los presupuestos del Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116.
- 1.3.** En el contradictorio se acreditó que el acusado se encontraba en la localidad nativa de Shevoja del catorce al dieciocho de julio de dos mil trece, por lo que resultaría imposible que estuviera en el lugar de los hechos el dieciséis de julio de dos mil trece, de acuerdo con las declaraciones testimoniales de María Potosino de Huamán y Gilbert Arias del Águila.



II. Imputación fáctica (hechos)

Segundo. Se atribuye a Máximo Juan Lozano Potosino el delito de tráfico ilícito de drogas por los siguientes hechos:

El seis de julio de dos mil trece, la división de operaciones Los Sinchis recibió información sobre un traslado de cargamento de alcaloide de cocaína, que se llevaría a cabo por vía fluvial desde la localidad de Mayapo, Ayacucho, hasta la localidad de Sapahua, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali. Es así que el dieciséis de julio de dos mil trece, aproximadamente a las 15:20 horas, la patrulla de la Marina de Guerra del Perú logró ubicar en el río de Tambo –a la altura de la comunidad nativa–, la embarcación fluvial Jhans Kilder con cuatro tripulantes a bordo, quienes, al recibir la orden de detenerse y orillarse, aceleraron la marcha e intentaron darse a la fuga, este comportamiento motivó que la patrulla realice disparos disuasivos al aire, lo que los obligó a anclar en la margen izquierda del río Tambo. Al registrar la embarcación se constató que llevaba, cubierta con plástico color azul y negro, veintiún sacos de polietileno, que contenían paquetes, tipo ladrillo, de pasta básica de cocaína por 648.100 kilos; inmediatamente se comunicó el hallazgo a la DIVOED Los Sinchis y al representante del Ministerio Público.

Los tripulantes que fueron aprehendidos el mismo día (flagrancia delictiva) y contra los que se dicta sentencia condenatoria son: Antonio Florencio Francisco Regalado, Fredy Arje Gamboa, Edgar Arje Gamboa y Samuel Arje Gamboa –conforme se desprende de la sentencia del diez de agosto de dos mil quince, foja 821–.



Recibidas las testimoniales de los imputados, Fredy Arje Gamboa, Edgar Arje Gamboa y Samuel Arje Gamboa; estos incriminaron al encausado Máximo Juan Lozano Potosino como el sujeto que entregó la primera embarcación fluvial con alcaloide de cocaína acondicionada. Luego quedaron atracados, por lo que pasaron la mercancía ilícita al bote de nombre Jhans Kilder, embarcación en la que fueron aprehendidos.

III. Delimitación del caso concreto

Tercero. La tesis del encausado Lozano Potosino reside, principalmente, en cuestionar la valoración de los medios de prueba evaluados por la Sala Penal Superior, que sirvieron para dictar condena en su contra. En lo sustancial, precisa que no es responsable penalmente de la incriminación realizada por el fiscal. En tal sentido, corresponde efectuar un control de la motivación expuesta en la sentencia materia de impugnación, así como verificar si existe suficiencia probatoria que acredite la responsabilidad penal del encausado y, consecuentemente, analizar si la pena impuesta en su contra se ajusta a derecho.

IV. Fundamentos del Tribunal Supremo

Cuarto. Al respecto, contrariamente a lo expuesto, el recurrente niega los cargos imputados y mantiene su versión exculpatoria en los interrogatorios ante el Colegiado Superior (foja 957); en ese sentido, indica que en junio y julio de dos mil trece se encontraba en la comunidad de Shevoja; el trece o catorce de julio partió por la mañana a la localidad de Puerto Prado y, aproximadamente a las 12:00 horas, hizo guardar al señor Fredy Arje Gamboa un motor para que realice el mantenimiento correspondiente. El catorce de julio



volvió a la comunidad de Shevoja con todos sus materiales y luego, el dieciocho del mismo mes, regresó a Puerto Prado. Asimismo, señaló que no conoce a Antonio Florencio Francisco Regalado, pero a los hermanos Edgard, Fredy y Samuel Arje Gamboa sí los conoce desde la época de la secundaria. También sostuvo que se desempeñaba como motorista y trasladaba materiales para la obra que se realizaba en la comunidad de Shevoja por la empresa Perú-América. Sin embargo, no tiene ningún contrato verbal o escrito con Samuel Arje Gamboa, y se desempeña como motorista para trasladar una embarcación hasta Puerto Remolino. Además, desconoce por qué Samuel Arje Gamboa declaró que le entregó USD 2000 (dos mil dólares americanos), pero relaciona esa declaración con el problema que tenía con su cónyuge y con el hecho de que enamoraba a la pareja de Samuel.

Sexto. No obstante, se advierte que el sustento de la imputación penal contra el encausado Lozano Potosino reside en la sindicación de los testigos impropios, hermanos Fredy y Samuel Arje Gamboa; por lo que es necesario situarse en lo que en doctrina se denomina *declaración del testigo*; en tal virtud, corresponde situarse en los parámetros diseñados por las Salas Penales de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco. La doctrina jurisprudencial contenida en dicho acuerdo plenario señala que cuando declara un testigo, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, su declaración tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza son las siguientes: **a)** ausencia de incredibilidad



subjetiva –odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición en contra del imputado–, **b)** verosimilitud –la declaración del testigo debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria– y c) persistencia en la incriminación –solidez del relato del testigo–.

Séptimo. Ahora bien, respecto a la persistencia en la incriminación del relato de los testigos impropios, se tiene:

- 7.1.** Declaración de Samuel Arje Gamboa, quien a nivel preliminar¹ y de instructiva (fojas 73 y 188, respectivamente) señaló que conoce a Antonio Florencio Francisco Regalado por intermedio de Máximo Juan Lozano Potosino quien los presentó. Además, indicó que en el momento en que lo intervinieron le incautaron la suma de USD 2000 (dos mil dólares americanos)², que pertenecían al recurrente Máximo Juan Lozano Potosino, quien se los entregó como garantía del transporte. También indicó que los veintiún sacos de polietileno de color negro, encontrados en la embarcación Hans Kilder el día de su intervención, pertenecen a Máximo Juan Lozano Potosino y Antonio Florencio Francisco Regalado.
- 7.2.** Declaración de Fredy Arje Gamboa, quien a nivel preliminar³ y de instructiva (fojas 83 y 192, respectivamente) indicó que, el dieciséis de julio de dos mil trece, el imputado Lozano Potosino lo llamó y le solicitó que rescate a su hermano Samuel Arje Gamboa, quien estaba varado con el bote por Caperucilla, dado que el motor se había malogrado. Por el servicio recibiría S/ 150 (ciento cincuenta soles), de modo que alquiló un bote y fue en ayuda de su hermano.

¹ En presencia del representante del Ministerio Público.

² Véase el acta de registro personal, incautación y lacrado de teléfono celular, practica al sentenciado Samuel Arje Gamboa (foja 105) en la cual se aprecia que entre las pertenencias del intervenido se encontró moneda extranjera. Veinte billetes de cien dólares americanos, con un total de dos mil dólares americanos.

³ En presencia del representante del Ministerio Público.



7.3. Declaración de Edgard Arje Gamboa, quien a nivel preliminar⁴ y de la investigación judicial (fojas 91 y 184, respectivamente) quien indicó que conoció a Antonio Florencio Francisco Regalado desde el día en que fueron intervenidos. Afirma que ayudó a su hermano a transportar la primera embarcación, y que eran tres tripulantes: el declarante, su hermano Samuel y Antonio. Cuando quedaron varados por Caperucilla, Antonio pidió esperar y dijo que solucionaría el problema y, luego, que ya estaba en camino otro bote, en el que, después de una hora, llegó su hermano Fredy; en esos instantes, los comuneros ayudan a Antonio a realizar el transbordo; después zarparon por un lapso de treinta minutos para finalmente ser intervenidos (este último testigo no incrimina directamente al recurrente, pero su versión es trascendente en el sentido de reforzar las declaraciones de sus hermanos, no advirtiéndose contradicción en sus dichos).

Octavo En lo atinente a la verosimilitud, *existen* corroboraciones periféricas (coherencia externa), cuyo mérito probatorio solventa la convicción de la atribución criminal efectuada al encausado Lozano Potosino. La materialidad del delito de tráfico ilícito de drogas se establece con el siguiente material probatorio:

8.1. Acta de registro de embarcación fluvial prueba de campo, orientación o descarte, comiso de droga, incautación y custodia temporal de embarcación fluvial (foja 99), en la cual encontraron en la superficie, cubiertos con plásticos de color azul y negro, veintiún costales de polipropileno de color negro con franjas blancas, que contenían paquetes tipo ladrillo, debidamente embalados con cinta adhesiva de diferentes colores, y en cuyo interior se aprecia una sustancia sólida blanquecina, al parecer

⁴ En presencia del representante del Ministerio Público.



clorhidrato de cocaína, con un total de seiscientos diez paquetes. También se procedió a extraer aleatoriamente una mínima cantidad de la sustancia sólida de cada uno de los costales y, al utilizar el reactivo químico tiocianato de cobalto con hisopos, se apreció de manera uniforme una coloración azul turquesa, indicativo presuntivo para alcaloide de cocaína, por lo que procedieron al comiso de la sustancia.

- 8.2.** Acta de apertura, conteo, orientación, descarte, pasaje y lacrado de droga (foja 101), la cual concluye que los seiscientos diez paquetes pesados tienen seiscientos cuarenta y ocho kilos con cien gramos (648.100 kilogramos) como peso bruto total.
- 8.3.** Resultado preliminar de análisis químico (foja 128), el cual concluye que la muestra analizada corresponde a clorhidrato de cocaína.
- 8.4.** Dictamen Pericial Químico número 7338/2013 (foja 248), el cual concluyó que la muestra analizada corresponde a clorhidrato de cocaína.

Noveno. Respecto a la regla de la ausencia de incredulidad subjetiva; durante la investigación y esencialmente en el juicio oral, no se incorporaron evidencias que permitan establecer que los cargos formulados por los testigos impropios Fredy y Samuel Arje Gamboa (ambos hermanos) contra el acusado Lozano Potosino se encuentren motivados por razones de odio, rencor o venganza, concebidas precedentemente al hecho denunciado; si bien es cierto que el inculpado sostuvo que la imputación en su contra es producto del problema generado por su cónyuge y porque enamoraba a la señora del testigo impropio Samuel Arje Gamboa, tales afirmaciones no fueron acreditadas, y solo se sustentan en el dicho del imputado.



Visto así, se constata que la sindicación de los testigos impropios tiene entidad suficiente para ser considerada prueba válida de cargo contra el encausado Lozano Potosino, pues dicha sindicación se corroboró con prueba periférica señalada precedentemente y, por tanto, cumple con los estándares de certeza establecidos en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116. En consecuencia, la responsabilidad penal del encausado está acreditada y el principio de inocencia se encuentra enervado; así, se justifica la condena dictada en su contra, de conformidad con el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales.

Décimo. En efecto, el *a quo* declaró probado el delito de tráfico ilícito de drogas y la autoría del impugnante, sobre la base de la prueba de cargo legalmente practicada y razonablemente valorada. Las exigencias de motivación, con ocasión de la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del encausado recurrente, se han cumplido en la sentencia impugnada, la cual da cuenta de los hechos anteriores, concomitantes y posteriores, y concluye en términos suficientemente comprensibles la forma y circunstancias de la materialización del delito y de la intervención punible del encausado. Es preciso agregar que la prueba recabada (personal y documental) detenta un contenido inequívocamente delictivo, y permite atribuir responsabilidad penal al procesado. De acuerdo con lo expuesto, se tiene que los agravios invocados por el inculpado no tienen sustento fáctico, por lo que deben desestimarse.

Decimoprimer. Establecida la responsabilidad penal del acusado Lozano Potosino, corresponde analizar si la Sala Penal Superior sometió la pena judicialmente impuesta a un correcto juicio de proporcionalidad. Así, se tiene que el hecho objeto de condena se



encuentra sancionado con una pena no menor de quince ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad (según lo señalado en los numerales 6 y 7 del artículo 297 del Código Penal). De conformidad con el artículo 45 del Código Penal, se debe considerar las carencias sociales, cultura y costumbres del imputado. En tal sentido, a la fecha de los hechos, el procesado tenía veintiocho años de edad y, como grado de educación, secundaria completa; además, se desempeñaba como motorista y carece de antecedentes penales y judiciales (fojas 952 y 949, respectivamente). En ese sentido, la pena impuesta por el Colegiado Superior (veinte años de pena privativa de libertad) es legal y razonable; cabe agregar que en autos no existe ninguna circunstancia atenuante cualificada que permita fijar la pena por debajo del mínimo legal.

Decimosegundo. Respecto a la pena de multa, se advierte que la Sala Superior la fijó proporcionalmente a la pena privativa de libertad impuesta para el recurrente, y no fue materia del recurso por parte del fiscal; asimismo, el fiscal supremo opinó por no haber nulidad en dichos extremos, por lo que deberá mantenerse.

Decimotercero. Por otro lado, se verificó que en la sentencia recurrida no se justificó debidamente la imposición de la pena de inhabilitación por el inciso 1 del artículo 36 del Código Penal. Según lo previsto en el artículo 38 del Código Penal (modificado por Ley número 29988), la pena de inhabilitación principal (como en el presente caso) se extiende de seis meses a cinco años. No corresponde imponer la inhabilitación por el inciso 1 del artículo 36 del Código Penal, dado que el procesado no ocupaba un cargo público al momento de su condena. Asimismo se debe acotar que el Tribunal Superior no impuso el plazo de esta medida, para lo cual, conforme al principio de proporcionalidad,



debe imponerse el mínimo legal de seis meses, de acuerdo con el artículo 36, incisos 2 y 4, y los artículos 38 y 39 del Código Penal.

Decimocuarto. Respecto al monto fijado por concepto de reparación civil en la sentencia recurrida, debe indicarse que, conforme a la acusación fiscal escrita (foja 327), se solicitó por dicho concepto la cantidad de S/ 25 000 (veinticinco mil soles), lo que se encuentra acorde con la naturaleza, forma y circunstancias del delito de tráfico ilícito de drogas, así como con el peso de la droga; además, la única que recurrió fue la parte acusada, por lo cual se cumple con lo establecido por el Acuerdo Plenario número 6-2006/CJ-116.

DECISIÓN

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

- I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiocho de marzo de dos mil dieciocho (foja 1030), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Satipo de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central, que condenó a **Máximo Juan Lozano Potosino** como autor del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada, en agravio del Estado, a veinte años de pena privativa de libertad, fijó en S/ 25 000 (veinticinco mil soles) el monto por concepto de la reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado y le impuso ciento ochenta días multa; con lo demás que al respecto contiene.
- II. NULO** el extremo, en la misma sentencia, que impuso la inhabilitación, conforme al artículo 36, inciso 1, del Código Penal;



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N.º 1079-2018
SELVA CENTRAL**

e **INTEGRARON** el plazo de la pena de inhabilitación y lo fijaron en seis meses, conforme a lo previsto en el artículo 36, incisos 2 y 4, del Código Penal.

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

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

FN/ekra