



NULIDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

En el presente caso se evidencia la afectación del debido proceso (en su aspecto derecho a la prueba), lo que vulnera una garantía constitucional; por lo cual, corresponde disponer la nulidad de la sentencia recurrida y ordenarse un nuevo juicio oral por otro colegiado, de conformidad con lo previsto en el inciso 1 artículo 298 del Código de Procedimientos Penales.

Lima, veintiséis de junio de dos mil veintitrés

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por **DAVID NICHOLAS FERNÁNDEZ CASTILLO** contra la sentencia del 10 de mayo de 2021, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que lo condenó como autor del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas (promoción y favorecimiento mediante actos con fines de tráfico), en agravio del Estado, y como tal le impuso seis años de pena privativa de libertad y fijó la suma de seis mil soles, por concepto de reparación civil, que deberá abonar el sentenciado en favor del Estado; con lo demás que contiene.

Con lo expuesto por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **BARRIOS ALVARADO**.

CONSIDERANDO

I. IMPUTACIÓN FISCAL

1. Fluye de la acusación que el 17 de enero de 2017, aproximadamente a las 18:00 horas, personal policial de la Comisaría de San Juan de Miraflores, mientras realizaban patrullaje a la altura de la cuadra 7 de la avenida Los Héroes, distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, se percataron que David Nicholas Fernández Castillo tenía consigo una caja de piscina de marca INTEX y se encontraba en actitud sospechosa (por cuanto miraba a todos lados). Al notar la presencia policial, se puso nervioso, por lo que decidieron intervenirlo (acto al cual opuso resistencia); sin embargo, el personal policial logró reducirlo y procedió a realizar el registro correspondiente, encontrando que sostenía con la mano izquierda una caja de piscina de marca INTEX, en cuyo interior se encontró una bolsa de plástico de color negro que contenía hojas secas, tallos y semillas. Asimismo, se halló otra

bolsa de color blanco que contenía 471 envoltorios de papel revista tipo ketes, sustancia que al ser sometida al análisis químico respectivo resultó ser: peso bruto 0,123 kg y peso neto 0,117 kg. de *cannabis sativa* (marihuana) y peso bruto 0,132 kg y peso neto 0,013 kg de pasta básica de cocaína conteniendo almidón.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

2. El Tribunal Superior emitió sentencia condenatoria sobre la base del razonamiento siguiente:

2.1. Se acreditó plenamente la materialidad del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, mediante actos con fines de tráfico con las siguientes documentales: **i)** El Informe N.º 018-17-REG.POL.LIMA-DIVTER-SUR-1-CSJM- SEINCRI. **ii)** La manifestación policial del SOB PNP Ricardo Manuel Urrutia Ospino. **iii)** El Acta de Intervención Policial N.º s/n-171-CPNP-SJM. **iv)** El acta de registro personal y comiso de droga. **v)** El acta de pesaje de droga. **vi)** el acta de lacrado de droga. **vii)** El Resultado Preliminar de Análisis Químico de Droga N.º 759/17. **viii)** El Dictamen Pericial de Medicina Forense N.º 0271-17.

2.2. A fin de establecer la responsabilidad penal de Fernández Castillo, la Sala Superior advierte que se le encontraron drogas detalladas en el acta de registro personal y comiso de drogas. En su posesión había una bolsa de plástico de color negro que contenía hojas secas, tallos y semillas, y una bolsa de plástico color blanco que contenía 471 papeles de revista tipo kete. Con el Resultado Preliminar de Análisis Químico de Droga N.º 759-17, se constata que las muestras analizadas eran sustancias psicotrópicas *cannabis sativa*-marihuana y pasta básica de cocaína (peso bruto 0,123 kg y peso neto 0,117 kg; y peso bruto 0,132 kg y peso neto 0,013 kg, respectivamente).

2.3. La Sala Superior considera que lo vertido guarda relación con el acta de intervención policial en donde señala que a las 18:00 horas del 17 de enero de 2017 se encontró al acusado sosteniendo con el antebrazo izquierdo una caja de piscina marca Intex que contenía las drogas descritas en su interior.

2.4. Asimismo, la Sala Superior valora la declaración del efectivo policial Ricardo Manuel Urrutia Ospino, quien señaló que el 17 de enero de 2017, mientras patrullaba en compañía del SOB PNP Jack Henrich Cosme Choy, observó a un sujeto caminando en actitud sospechosa, sosteniendo con el antebrazo izquierdo una caja de piscina marca Intex. Se procedió a su



intervención y, al realizarle el registro, se le encontró en posesión la caja antes descrita, en cuyo interior había una bolsa de plástico color negro que contenía hojas secas, tallos y semillas, al parecer *cannabis sativa* (marihuana), y una bolsa de plástico color blanco que contenía 471 papeles revista tipo kete. Asimismo, se valoró la declaración del efectivo policial SOB. PNP. Jack Henrich Cosme Choy, quien participó directamente de la intervención de Fernández Castillo y, al advertir la actitud sospechosa, procedió a realizar la intervención policial, el registro personal y comiso de droga. Se encontró que el acusado tenía en su posición las drogas previamente descritas. Las afirmaciones periféricas de los efectivos policiales intervinientes que se corroboran con el Resultado Preliminar del Análisis Químico de Droga N.º 759-2017.

2.5. La Sala Superior señala que, en el caso de autos, Fernández Castillo, al poseer las drogas antes descritas, ha realizado actos de favorecimiento de las sustancias ilícitas que le fueron incautadas en flagrancia para el delito de tráfico de drogas.

III. AGRAVIOS QUE FORMULA EL IMPUGNANTE

3. La defensa técnica de Fernández Castillo solicita que se declare haber nulidad en la sentencia recurrida y, reformándola, se absuelva a su patrocinado de la acusación, se archive definitivamente el presente proceso y se ordene dejar sin efecto las órdenes de ubicación y captura emitidas en su contra. Para ello alega lo siguiente:

3.1. La sentencia objeto de cuestionamiento se ha limitado a efectuar un listado de los medios de prueba actuados consignando un resumen de su contenido, sin haber cumplido con el deber de efectuar una valoración individual de cada medio y, menos aún, la valoración global. Esto importa una infracción al deber de motivación de las resoluciones judiciales.

3.2. No hay imputación concreta con relación al delito contra la salud pública-promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas mediante actos con fines de tráfico. En ese sentido, la defensa alega que no se indica si el procesado Fernández Castillo estaba cometiendo uno o algunos de los comportamientos que se exigen en el artículo 296 del Código Penal; es decir, no se indica en los hechos si estamos ante el comportamiento de promover favorecer y/o facilitar.

3.3. No existen medios probatorios suficientes para establecer la responsabilidad penal de Fernández Castillo, dado que no hay vinculación con el *factum* imputado. De manera específica se cuestionan las siguientes actas:

3.3.1. El acta de pesaje de droga, que tiene como hora de inicio las 18:25 horas y como culminación las 18:35 horas, del 17 de enero de 2017, y el acta de intervención policial que culmina a las 18:50 horas (antes de formularse el acta de intervención ya se sabía el pesaje de la droga de 110 gramos de marihuana); además, la primera acta presenta *liquid paper*. Para la defensa esto resulta un dato clave para considerar que personal policial efectuó una inclusión de una posesión de droga no acorde a la realidad y con marcada orientación a perjudicar al procesado, y genera duda en cuanto al hallazgo de la droga a Fernández Castillo.

3.3.2. A ello se añade que los testigos efectivos policiales Urrutia Ospino y Cosme Choy señalaron que el acta de registro personal fue elaborada *in situ*; sin embargo, la defensa considera que esta afirmación no es cierta, dado que antes de confeccionarse dicha acta se sabía el peso exacto de la marihuana por parte del personal policial, concluyendo la defensa que dicha acta contiene afirmaciones falsas en cuanto al hallazgo.

3.3.3. En cuanto a lo que se consigna en el acta de intervención policial, el acta de registro personal y el acta de pesaje de droga varía en el peso bruto 13 gramos y en el peso neto 7 gramos, lo que evidencia que la marihuana hallada y pesada (que es de 110 gramos) sufrió un incremento respecto del Resultado Preliminar de Análisis Químico N.º 759/17 (en el que se indica peso bruto de 0,123 kg y peso neto de 0,117 kg). Ello lleva a establecer manipulación o se trata de otra bolsa que contiene marihuana; por lo que la defensa concluye que no es sólido el hallazgo de marihuana y si esto es así, el descubrimiento de pasta básica de cocaína también resulta incierto.

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO INCRIMINADO

4. Los hechos atribuidos al imputado fueron calificados jurídicamente de la siguiente manera (Decreto Legislativo N.º 1237, del 26 de septiembre de 2015, vigente al momento de los hechos):

Artículo 296, primer párrafo, del Código Penal. Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros: “El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4. [...]”

V. FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria, la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluida aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal y el juicio final que deriva de esta valoración¹.

6. Por su parte el Tribunal Constitucional, al referirse a la prueba, ha señalado que debe ser capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez y debe reunir las siguientes características: (1) *Veracidad objetiva*, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba.

De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues este se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) *Constitucionalidad de la actividad probatoria*, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) *Utilidad de la prueba*, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando esta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) *Pertinencia de la prueba*, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada².

7. En el caso de autos se advierte que la Sala Superior, al expresar los fundamentos que sustentan la sentencia condenatoria (fundamento jurídico VIII, sobre el análisis de los hechos imputados y valoración probatoria), ha valorado documentos que no fueron introducidos al contradictorio a fin de que

¹ Caso Zegarra Marín vs. Perú Fondo. Sentencia del 15 de febrero de 2017. Fundamentos jurídicos N.ºs 125 y 147.

² Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 1014-2007-HC/TC, fundamento jurídico N.º 12.



las partes procesales puedan pronunciarse sobre su utilidad, pertinencia y conducencia (en cuanto les corresponda, según la teoría del caso planteada por cada una). Tal es el caso del Informe N.º 018-17-REG.POL.LIMA-DIVTER-SUR-1-CSJM- SEINCRI, el Acta de Intervención Policial N.º s/n-171-CPNP-SJM, el acta de registro personal y comiso de droga, el acta de pesaje de droga y el acta de lacrado de droga, a las que hace mención el Tribunal Superior como parte del acervo probatorio que, a su consideración, acredita la materialidad del delito y la vinculación del procesado Fernández Castillo en el mismo.

8. Lo señalado contraviene el debido proceso en su aspecto referido al derecho a la prueba que asiste a toda persona sometida a un proceso; por lo que, de conformidad con lo prescrito en el inciso 1 artículo 298 del Código de Procedimientos Penales³, corresponde declarar la nulidad y ordenar un nuevo juicio oral por otro colegiado. Para ello, se deberá tener en cuenta la siguiente actividad probatoria:

8.1. Examen a la perita química forense Alejandra V. Rubiños Marchan, de la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, quien suscribió el Resultado Preliminar de Análisis Químico de Drogas N.º 759-17.

8.2. Examen al testigo SOB PNP Ricardo Manuel Urrutia Ospino.

8.3. Examen al testigo SOB PNP Jack Henrich Cosme Choy.

8.4. Recabar el resultado de la denuncia interpuesta ante Inspectoría General de la Policía Nacional del Perú por el procesado Fernández Castillo, del 17 de abril de 2018, respecto de la presunta inconducta funcional de los testigos Urrutia Ospino y Cosme Choy en la intervención del 17 de enero de 2017.

8.5. La actuación probatoria que —de ser el caso— soliciten las partes procesales para el correcto esclarecimiento de los hechos.

9. En atención al Dictamen Acusatorio N.º 200-2018-FSPP-DFLS (folio 157), se debe instar al Ministerio Público a precisar la conducta típica atribuida al procesado Fernández Castillo, en el artículo 296, primer párrafo, del Código Penal.

³ Inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales: la Corte Suprema declarará la nulidad “Cuando en la sustanciación de la instrucción o en la del proceso de juzgamiento se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la ley procesal penal”.



10. Por lo demás, se debe señalar que, al haberse declarado la nulidad de la sentencia condenatoria, carece de objeto pronunciarse sobre los agravios formulados por la defensa técnica del procesado Fernández Castillo.
11. Por último, respecto a la situación jurídica del procesado Fernández Castillo se debe precisar que recobran vigencia las restricciones que le fueron impuestas mediante Auto de Apertura de Instrucción y Prisión Preventiva, del 31 de enero de 2017, a folios 89.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

- I.** Declarar **NULA** la sentencia del 10 de mayo de 2021, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó a **David Nicholas Fernández Castillo** como autor de delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas (promoción y favorecimiento mediante actos con fines de tráfico), en agravio del Estado, y como tal le impuso seis años de pena privativa de libertad y fijó la suma de seis mil soles, por concepto de reparación civil, que deberá abonar el sentenciado en favor del Estado; con lo demás que contiene.
- II.** **MANDAR** que se realice nuevo juicio oral por otro colegiado, el cual tendrá en cuenta lo expuesto en el fundamento jurídico octavo de la presente ejecutoria suprema.
- III.** **SUSPENDER** las órdenes de ubicación y captura dispuestas en la sentencia del 10 de mayo de 2021, siempre que no haya mandato judicial que ordene su detención por otro proceso.
- IV.** **OFICIARSE** por el medio idóneo correspondiente al Tribunal Superior para los fines de ley y se archive el cuadernillo respectivo.

Intervino el magistrado Cotrina Miñano, por licencia de la jueza suprema Castañeda Otsu.

S. S.
BARRIOS ALVARADO



**CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1551-2022
LIMA SUR**



**BROUSSET SALAS
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LOPEZ
COTRINA MIÑANO**

EBA/arl