

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694-2009

CUSCO

-1-

Lima, dieciocho de junio de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de fojas mil ciento treinta y cinco, del veintiocho de abril de dos mil nueve; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el representante del MINISTERIO PÚBLICO en su recurso formalizado de fojas mil ciento noventa y tres alega que los acusados Yesenia Isabel Taminche Rodríguez, Teddy Harrinson Díaz Ramos, Luis Michael Taminche Rodríguez y Karla Amelle Balarezo Yohamona se concertaron para realizar actos concretos de tráfico ilícito de drogas, por lo que la conducta que realizaron está prevista en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal; que, asimismo, los cargos imputados fueron probados. **Segundo:** Que de autos aparece que el treinta de marzo de dos mil cinco, efectivos policiales intervinieron el inmueble de los acusados. TEDDY HARRINSON DÍAZ RAMOS Y KARLA ARMELLE BALAREZO YOHAMONA, ubicado en la primera cuadra del jirón Cajamarca del Asentamiento Humano Luis Alberto Sánchez, y al efectuar el registro domiciliario se encontró once envoltorios de papel tipo "ketes" y una cajita de fósforos conteniendo pasta básica de cocaína que fueron adquiridos a la encausada YESENIA ISABEL TAMINCHE RODRÍGUEZ; que el mismo día se intervino la vivienda de ésta última, sita en el jirón Billingurst número doscientos ochenta y cinco, y al realizar la inspección se halló una cartera con adherencias de la misma sustancia tóxica, quien expresó que la droga se la entregó su hermana, la imputada TAYDE TAMINCHE RODRÍGUEZ; que luego se intervino la

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694 - 2009

CUSCO

-2-

residencia de ésta, situada en el jirón Moquegua sin número, cuadra once, y al practicar el registro se descubrió veintiséis bolsitas y veinticinco envoltorios conteniendo pasta básica de cocaína; que el acusado LUIS MICHAEL TAMINCHE RODRIGUEZ fue detenido cuando ingresó a la casa de la encausada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez para abastecerse de droga para comercializarla. **Tercero:** Que el tipo, cantidad y peso de la droga incautada a los acusados Tayde Taminche Rodríguez -ya condenada- y Teddy Harrinson Díaz Ramos se acredita con el acta de registro domiciliario, el resultado preliminar de análisis químico y dictamen pericial de fojas cincuenta y cinco y cincuenta y ocho, trescientos cuarenta y trescientos cuarenta y dos y trescientos cuarenta y tres y trescientos cuarenta y cinco, respectivamente, que establecieron que se halla en el inmueble de la primera veintiséis bolsitas y veinticinco envoltorios que contenían doscientos cincuenta y seis gramos de pasta básica de cocaína y en la vivienda del segundo once envoltorios de papel tipo "ketes" y una cajita de fósforo conteniendo diecisiete punto cinco gramos de pasta básica de cocaína. **Cuarto:** Que la imputada Tayde Taminche Rodríguez en sede preliminar -en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor- señaló que poseía droga en su domicilio (doscientos cincuenta y seis gramos de pasta básica de cocaína) y la entregó a su hermana, la acusada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez, para que la venda; que esta última expresó en la entrevista fiscal, manifestación policial -en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor- y declaración instructiva de fojas cuarenta y ocho, veintinueve y ciento cuarenta y tres, respectivamente, que vendió unas bolsitas con pasta básica de cocaína al encausado Teddy Harrinson Díaz Ramos por ochenta nuevos soles, quien a su vez relató en su

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N°2694-2009

CUSCO

-3-

entrevista fiscal y manifestación policial -en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor- de fojas cuarenta y nueve y treinta y ocho, respectivamente, que la acusada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez le vendió los estupefacientes (diecisiete punto cinco gramos de pasta básica de cocaína) que le incautó la policía el día de los hechos; que la encausada Karla Armelia Balarezo Yohamona reiteró dicha incriminación en sede preliminar -en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor a fojas cuarenta y cuatro-. **Quinto:** Que el Fiscal Superior en la acusación de fojas cuatrocientos noventa y ocho calificó a todos los partícipes como coautores del delito de tráfico ilícito de drogas y subsumió los hechos en el artículo doscientos noventa y seis e inciso seis del numeral doscientos noventa y siete del Código Penal - por el principio de imputación recíproca previsto en el artículo veintitrés del Código Penal-, en la medida que dedujo que existió acuerdo entre los agentes infractores, por lo que la cantidad de estupefacientes incautada no se dividía entre todos los intervenidos; que, sin embargo, de las pruebas anotadas se desprende lo siguiente: *(i)* que al acusado Teddy Harrinson Díaz Ramos sólo se le halló diecisiete punto cinco gramos de pasta básica de cocaína que adquirió de las acusadas Yesenia Isabel y Tayde Taminche Rodríguez; *(ii)* que a esta última se le encontró doscientos cincuenta y seis gramos de la misma sustancia tóxica que comercializaba su referida hermana encausada; que, por tanto, la cuantía total de los estupefacientes no puede ser imputada a Díaz Ramos para los efectos típicos de agravación, en tanto en cuanto no adquirió toda la droga que se encontró en el domicilio de la acusada Tayde Taminche Rodríguez, no ejerció actos de tenencia o posesión compartida sobre la misma con las imputadas y tampoco evidenció intención de repartírsela; que, en ese contexto, es correcto que se realice la operación de división de la sustancia tóxica confiscada; *(iii)*

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694 - 2009

CUSCO

-4-

que por el peso de la droga que adquirió el acusado Díaz Ramos -diecisiete punto cinco gramos de pasta básica de cocaína- es evidente que estaba destinada a la microcomercializaciOn, mientras que la incautada a las otras imputadas la estaba para el trafico ilícito previsto en el primer párrafo del articulo doscientos noventa y seis del Código Penal; que, por tanto, con arreglo al principio de culpabilidad es correcto escindir las conductas y comportamientos pues cada uno de ellos solo pretendía difundir la cantidad que previamente habían adquirido -no se puede extender el elemento tendencial de difusión al imputado Díaz Ramos respecto a una cantidad de droga de la que no disponía y sobre cuyo destino final nada se había pactado.

Sexto: Que, asimismo, tampoco se advierte una integración de todos los partícipes en la misma empresa criminal, una actuación con unidad de propósito o plan, una contribución en la misma o una participación compartida en los tramites de adquisición, transporte o difusión entre los consumidores y reparto de ganancias, que comprenda la cantidad hallada a la acusada Tayde Taminche Rodríguez, que comercializaba su hermana, la encausada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez -doscientos cincuenta y seis gramos de pasta básica de cocaína-, máxime si es evidente solo una singular y ocasional adquisición de estupefacientes del imputado Teddy Harrinson Díaz Ramos; que, en consecuencia, los partícipes no son penalmente responsables por la tipicidad agravada prevista en el inciso seis del articulo doscientos noventa y siete del Código Penal, pues no concurre el acuerdo o concierto entre todos para la ejecución del delito -las pruebas recabadas no facilitan datos que puedan ser utilizados para construir una empresa común-; que no se puede imponer la agravante por la simple pluralidad de intervinientes, sino existen acuerdos o planes previos y distribución de tareas entre todos ellos que

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694-2009

CUSCO

-5-

supongan una mayor potencialidad del riesgo -el fundamento material de esta agravante radica en la superior capacidad de agresión al bien jurídico salud pública por la posibilidad que el tráfico se vea favorecido por la existencia de planificación-. **Sétimo:** Que, dentro de ese contexto, el Tribunal Superior se desvinculó de la acusación por la agravante prevista en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal y condenó a los acusados Yesenia Isabel Taminche Rodríguez por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis del citado Código y Teddy Harrinson Díaz Ramos por el mismo delito en su forma de microcomercialización de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y ocho del referido cuerpo legal, no obstante erróneamente los absolvió por la referida agravante; que es de precisar que no es posible que por esos mismos hechos -que permanecieron intactos-, bajo otra perspectiva jurídica, se absuelva, en tanto supondría una palmaria violación del *non bis in idem* porque existe identidad fáctica -y de sujetos-; que la aplicación de la desvinculación procesal en la solución del conflicto implica la calificación de la conducta propuesta sólo como delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo doscientos noventa y seis y doscientos noventa y ocho del Código Penal, respectivamente. **Octavo:** Que, por otro lado, la conducta dolosa descrita en el fundamento jurídico cuarto llevada a cabo por la acusada Yesenia Isabel Taminchi Rodríguez revela que actuó con el propósito de realizar el delito y, con esa intención ejecutó los elementos objetivos del tipo de tráfico ilícito de drogas previsto en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal: promoción al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante acto de tráfico, en tanto en cuanto entregó estupefacientes a cambio de dinero, lo que constituye una de las formas típicas descritas en la

SALA PENAL
PERMANENTE R. N. N°
2694 - 2009
CUSCO

-6-

norma; que, siendo así, su conducta no se corresponde con la de una cómplice secundaria como erróneamente calificó el Tribunal Superior, sino como autora -como fue acotado por el Fiscal Superior en su acusación de fojas cuatrocientos noventa y ocho-, pues realizó actos concretos de tráfico, correspondiendo un aumento prudencial de la pena. **Noveno:** Que para la imposición de la pena privativa de libertad al acusado Teddy Harrinson Díaz Ramos el Tribunal Superior atendió a la gravedad del hecho punible, importancia del daño causado y aquellas circunstancias previstas en la ley -artículo cuarenta y seis del Código Penal-, como el modo y lugar en que se realizaron los hechos, así como los móviles o fines y personalidad de los autores (educación, situación económica y media social), por lo que la pena se encuentra arreglada a ley. **Décimo:** Que para fijar la reparación civil debe tenerse presente la tipificación de la conducta de los acusados Yesenia Isabel Taminche Rodríguez y Teddy Harrinson Díaz Ramos, para la primera en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal y el segundo en el artículo doscientos noventa y ocho del mismo cuerpo legal; que, dentro de ese contexto, se tiene como marco referencial el daño generado -se trata de un peligro potencial del daño- por la acción delictiva, y en el caso concreto la mayor cantidad implica una mayor extensión del riesgo y afección del bien jurídico "salud pública" por la posibilidad de que su difusión llegue a un mayor número de personas. **Décimo primero:** Que, por otro lado, no se acreditó la culpabilidad de los acusados KARLA AMELLE BALAREZO YOHAMONA Y LUIS MICHAEL TAMINCHE RODRIGUEZ por el delito de tráfico ilícito de drogas; que, en efecto, en cuanto a la primera solo se probó que era conviviente del acusado Teddy Harrinson Díaz Ramos; que esta

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694-2009

COSCO

-7-

circunstancia no es suficiente para extender la imputación del hecho a la encausada, si no realizó actos típicos de tráfico de drogas -promoción, facilitación o favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes- que fundamente una coautoría, en tanto en cuanto la convivencia en común no supone automáticamente responsabilidad respecto de las drogas que se encuentren en la vivienda; que en relación al segundo de los nombrados sólo se demostró que fue detenido cuando ingresó a la casa de su hermana, la acusada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez y no existe presunción de culpabilidad participativa en el delito investigado y juzgado, ni siquiera el conocimiento de que ésta se dedicaba al tráfico de drogas; que, por tanto, la absolución se encuentra arreglada a Ley. **Décimo segundo:** Que, por último, la sentencia impuso a la acusada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez pena de inhabilitación por el término que dure la condena, no obstante que en los delitos de tráfico ilícito de drogas la pena de inhabilitación es siempre de carácter principal conforme fluye de la lectura del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, por tanto, su duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ,ocho del citado Código; que, en tal virtud, debe enmendarse el fallo en éste extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad el injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado. Por estos fundamentos: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ciento treinta y cinco, del veintiocho de abril de dos mil nueve, en cuanto condenó a TEDDY HARRINSON DÍAZ RAMOS -y no como erróneamente se consignó en la sentencia: Teddy Harrinson Díaz Ramírez- como autor del delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y ocho del Código Penal-, en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad efectiva

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694 - 2009

CUSCO

-8-

y ciento ochenta días multa a razón del cinco por ciento de sus ingresos diarios. **II.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que absolvió a LUIS MICHAEL TAMINCHE RODRÍGUEZ y KARLA AMELLE BALAREZO YOHAMONA de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas- en agravio del Estado. **III.** Declararon **HABER NULIDAD** en la citada sentencia en la parte que condenó a YESENIA ISABEL TAMINCHE RODRIGUEZ como cómplice secundaria del delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas- en agravio del Estado a cinco años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el mismo tiempo que dure la condena y ciento ochenta días multa a razón del cinco por ciento de sus ingresos diarios; reformándola: **CONDENARON** a YESENIA ISABEL TAMINCHE RODRIGUEZ como autora del delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas, previsto en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal- en agravio del Estado a seis años de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelaria que sufrió desde el treinta de marzo de dos mil cinco hasta el seis de junio del mismo año y desde el veintiocho de abril de dos mil nueve, vencerá el veinte de febrero de dos mil quince, inhabilitación por dos años de conformidad con los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal -conforme al fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida-, y ciento ochenta días multa a razón del cinco por ciento de sus ingresos diarios. **IV.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia en cuanto fijó en cinco mil nuevos soles el monto de la reparación civil, precisando que tres mil nuevos soles deberá abonar la sentenciada Yesenia Isabel Taminche Rodríguez a favor del Estado y dos mil nuevos soles el sentenciado Teddy Harrison Díaz Ramos por el mismo concepto a favor del Estado.

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2694-2009

CUSCO

-9-

V. Declararon **NULA** la misma sentencia en la parte que absolvió a YESENIA ISABEL TAMINCHE RODRIGUEZ y TEDDY HARRINSON DIAZ RAMOS de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas, previsto en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal- en agravio del Estado. **VI.** declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO