



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

“ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL EXPEDIENTE PENAL
N° 00013-2011-19-0601-JR-PE-01” – SOBRE TRÁFICO
ILÍCITO DE DROGAS”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Oscar Octavio Velásquez Alcalde

Asesor:

Abg. Teresa Del Carmen Ávila Vásquez

Cajamarca – Perú

2019

APROBACIÓN DE LA TESIS

El (La) asesor(a) y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el (la) Bachiller **Oscar Octavio Velásquez Alcalde**, denominada:

“ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL EXPEDIENTE PENAL N° 00013-2011-19-0601-
JR-PE-01” – SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS”

Abg.
TERESA DEL CARMEN AVILA VÁSQUEZ

Abg.
JURADO
PRESIDENTE

Abg.
JURADO

Abg.
JURADO

DEDICATORIA

A Dios y a mis familiares. A Dios porque me ha cuidado brindándome fortaleza para continuar con mi investigación, a mis familiares, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo un gran apoyo en todo momento y depositando su entera confianza en cada reto de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Me gustaría agradecer a mis docentes de la Universidad Privada del Norte, debido a que durante toda la carrera me han ayudado y formado profesionalmente.

A mi asesor de investigación por su desempeño y apoyo incondicional, quien gracias a sus conocimientos y su experiencia he logrado el desarrollo de mi investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA TESIS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	v
ÍNDICE DE CUADROS.....	x
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT.....	xii
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO.....	13
1.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	13
1.1.1. Autor y sujeto activo.....	13
1.1.2. Autoría directa o inmediata.....	13
1.1.3. La Autoría en los delitos funcionariales.....	13
1.1.4. Autoría mediata.....	14
1.1.5. Coautoría.....	14
1.1.6. Participación.....	14
1.2. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.....	15
1.2.1. Diligencias propias de la Investigación Preliminar.....	15
1.2.1.1. <i>Las declaraciones policiales</i>	15
1.2.1.2. <i>Las Pericias</i>	16
1.2.1.3. <i>Actas policiales</i>	16
1.2.2. El principio de oportunidad.....	17
1.3. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	17
1.3.1. Definición.....	17
1.3.2. Finalidad.....	17
1.3.3. Características.....	18
1.3.4. Efectos.....	18
1.3.5. Formalización y continuación de la investigación.....	18
1.3.5.1. <i>Presupuestos</i>	18
1.3.6. Las principales diligencias.....	18
1.3.6.1. <i>La declaración del imputado</i>	18
1.3.6.2. <i>La declaración del testigo</i>	19
1.3.6.3. <i>El examen del testigo</i>	19
1.3.6.4. <i>La declaración del agraviado</i>	19
1.3.6.5. <i>La pericia</i>	19
1.3.7. Aspectos especiales de investigación.....	19
1.3.7.1. <i>El agente encubierto</i>	19
1.4. LA ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL.....	20

1.4.1.	Definición	20
1.4.2.	Naturaleza jurídica	20
1.4.3.	La acusación fiscal.....	20
1.4.3.1.	<i>Características complementarias</i>	21
1.4.3.2.	<i>Tramite del requerimiento acusatorio</i>	21
1.4.4.	La audiencia de control de la acusación.....	21
1.4.5.	El sobreseimiento del proceso – La audiencia de control	22
1.4.6.	La interposición de nuevos medios de defensa.....	22
1.4.7.	El control de las pruebas para el juicio oral	22
1.4.8.	El auto de enjuiciamiento.....	22
1.4.9.	Duración de la etapa intermedia	23
1.5.	LA FASE DE JUZGAMIENTO	23
1.5.1.	Definición	23
1.5.2.	Principios rectores del juicio oral	23
1.5.3.	Características principales	24
1.5.4.	Actos previos o iniciales del juicio oral.....	24
1.6.	DESARROLLO DEL JUICIO ORAL.....	24
1.6.1.	La conclusión anticipada del juicio oral.....	24
1.6.2.	La admisión de la prueba en el juicio oral.....	24
1.6.3.	Posibilidad de ampliación de cargos de la incriminación.....	25
1.6.4.	El orden en el examen de la prueba	25
1.6.5.	El examen del acusado.....	25
1.6.6.	El examen de testigos y peritos	25
1.6.7.	El examen de la prueba material	25
1.6.8.	La oralización de la prueba documental	26
1.6.9.	La prueba de oficio.....	26
1.6.10.	Los alegatos finales	26
1.7.	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN ORAL.....	26
1.7.1.	<i>La teoría del caso</i>	26
1.7.2.	<i>Construcción de la teoría del caso</i>	26
1.7.3.	<i>El alegato de apertura</i>	27
1.7.4.	<i>El examen o interrogatorio directo</i>	27
1.7.5.	<i>El contra-examen o contrainterrogatorio</i>	27
1.7.6.	<i>Las objeciones</i>	27
1.7.7.	<i>El alegato de clausura</i>	28
1.8.	LA SENTENCIA PENAL	28
1.8.1.	Definición	28
1.8.2.	La sentencia absolutoria	28
1.8.3.	La sentencia condenatoria	28

1.8.4.	La impugnación.....	28
1.9.	LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.....	28
1.9.1.	Órganos encargados de la ejecución de la sentencia	28
1.9.2.	La ejecución civil	29
1.10.	LA PRUEBA	29
1.10.1.	Concepto de prueba.....	29
1.10.2.	Objeto de la prueba.....	29
1.10.3.	Excepciones a la práctica de prueba en juicio oral.....	30
	1.10.3.1. <i>La prueba anticipada</i>	30
	1.10.3.2. <i>La prueba preconstituida</i>	30
1.10.4.	La prueba prohibida	30
1.10.5.	La prueba testimonial.....	31
	1.10.5.1. <i>El testimonio</i>	31
	1.10.5.2. <i>Características del testimonio</i>	31
	1.10.5.3. <i>Clases de testigos</i>	31
	1.10.5.4. <i>Obligación de testificar</i>	32
	1.10.5.5. <i>No obligatoriedad del testimonio</i>	32
1.10.6.	Careo.....	32
	1.10.6.1. <i>Definición</i>	32
	1.10.6.2. <i>Naturaleza jurídica del careo</i>	32
	1.10.6.3. <i>Características del careo</i>	33
1.10.7.	La prueba pericial.....	33
	1.10.7.1. <i>Definición</i>	33
	1.10.7.2. <i>El perito</i>	33
	1.10.7.3. <i>El informe pericial</i>	33
	1.10.7.4. <i>El examen pericial</i>	34
1.10.8.	La prueba documental	34
1.10.9.	La valoración de la prueba.....	34
	1.10.9.1. <i>Concepto básico</i>	34
	1.10.9.2. <i>Sistemas de valoración de la prueba</i>	34
	1.10.9.3. <i>La valoración de la prueba y el in dubio pro reo</i>	34
1.11.	LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	35
1.11.1.	El recurso de reposición.....	35
1.11.2.	El recurso de apelación.....	35
1.11.3.	El recurso de casación.....	35
1.11.4.	El recurso de queja de un derecho	35
1.12.	LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN	36
1.12.1.	Definición	36
1.12.2.	Supuestos de aplicación	36

1.12.3. Interposición, trámite y sentencia	37
1.13. SUJETOS PROCESALES	37
1.13.1. El Juez Penal	37
1.13.1.1. <i>La intervención del juez en el proceso penal ordinario</i>	37
1.13.1.2. <i>Etapas del proceso penal y funciones del juez penal</i>	38
1.13.2. El Ministerio Público	39
1.13.2.1. <i>Principios que orientan su actividad</i>	39
1.13.3. El Imputado y su Defensa	40
1.13.3.1. <i>Derecho de defensa</i>	40
1.13.3.2. <i>El abogado defensor</i>	40
1.14. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	41
1.14.1. Orígenes a la prohibición	41
1.14.2. Concepto	41
1.14.3. Bien jurídico	41
1.14.4. Tipicidad objetiva.	41
1.14.5. Tipicidad subjetiva.....	42
1.14.6. Clasificación de la droga.	42
1.14.6.1. <i>Por su origen</i>	42
1.14.6.2. <i>Por su forma de uso</i>	42
1.14.6.3. <i>Por su valoración legal.</i>	43
1.14.7. Comportamiento y actos	43
1.14.8. Agravante.....	44
1.15. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL	44
CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS MOMENTOS ESTELARES DEL PROCESO	46
2.1. REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN	46
2.1.1. Hechos que se atribuye al imputado.....	46
2.1.2. Elementos de convicción que fundamentan el requerimiento	47
2.1.3. Tipificación y cuantía de la pena.....	49
2.1.4. Monto de la reparación civil	50
2.2. AUDIENCIA PÚBLICA DE CONTROL DE ACUSACIÓN.....	51
2.3. AUDIENCIA PÚBLICA DE JUICIO ORAL	53
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS SENTENCIAS.....	60
3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	60
3.1.1. Planteamiento del caso.....	60
3.1.2. Delito objeto de acusación	61
3.1.3. Consumación del delito.....	61
3.1.4. Reparación civil.....	62
3.1.5. Pruebas válidas para la deliberación	62
3.1.6. Medios de prueba incorporados válidamente a Juicio Oral.....	63

3.1.7. Hechos probados en el Juicio Oral	65
3.1.8. Hechos no probados en juicio oral.....	65
3.1.9. Calificación jurídica	66
3.1.10. Individualización de la pena	66
3.1.11. Parte resolutive	67
3.2. RECURSO DE APELACIÓN	68
3.2.1. Del acta de registro de audiencia de apelación de autos.....	68
3.3. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA	70
3.3.1. Fundamentos facticos	71
3.4. SENTENCIA DE TERCERA INSTANCIA	73
3.4.1. Análisis jurídico de la sentencia	75
CONCLUSIONES	78
RECOMENDACIONES	79
REFERENCIAS	80

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO N° 01: FICHA DE PRESENTACIÓN DEL PROCESO PENAL	45
---	----

RESUMEN

La figura jurídica del Tráfico Ilícito de Drogas según la normativa penal peruana se configura cuando “el que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico o las posea” e impone una sanción de “*ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación*”; y esto es por ser un delito que atenta contra el bien jurídico de la salud pública, poniendo en riesgo en muchas veces la salud no solo propia sino también ajena.

En el proceso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, el sujeto activo puede ser cualquier persona; mientras que el sujeto pasivo viene hacer la sociedad en su conjunto, es decir todos los individuos que la conforman. En dicho proceso se determinará si la persona es poseedor, fabricante o comercializador de drogas, así como también se determinará la cantidad incautada y el monto de una reparación civil.

Para el presente análisis de expediente, se ha elegido uno relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas, donde a la parte denunciada se le ha encontrado en su Centro Comercial de Lácteos una mochila con 4.618 Kg de Pasta Básica de Cocaína y una nota en la cual consta su nombre, pero a pesar de la evidencia física y la declaración de testigos policiales que sustentan la acusación fiscal, el imputado desde el inicio del procedimiento se ha declarado inocente. Asimismo, cabe resaltar que durante este proceso penal se han encontrado diversas aristas e interpretaciones jurídicas por parte de las diversas instancias judiciales sobre la agravante “educador” en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, generando cierta incertidumbre jurídica respecto a su aplicación.

ABSTRACT

The legal figure of illicit drug trafficking according to Peruvian criminal law is set when "he who promotes, favors or facilitates the illegal consumption of toxic drugs, narcotics or psychotropic substances, through acts of manufacture or trafficking or possesses them" and imposes a penalty of "eight or more than fifteen years and one hundred eighty to three hundred and sixty-five days-fine and disqualification"; and this is because it is a crime that threatens the legal good of public health, putting at risk many times the health of not only our own but also others.

In the process of the crime of Illicit Drug Trafficking, the active subject can be any person; while the passive subject comes to make society as a whole, that is, all the individuals that make it up. In this process it will be determined if the person is a possessor, manufacturer or marketer of drugs, as well as the amount seized and the amount of a civil compensation will be determined.

For the present analysis of the file, one has been chosen related to the Illicit Drug Trafficking, where the complaining party has been found in its Dairy Shopping Center a backpack with 4.618 Kg of Basic Cocaine Paste and a note in which his name appears, but despite the physical evidence and the statement of police witnesses supporting the prosecution, the accused from the beginning of the procedure has been declared innocent. Likewise, it is worth noting that during this criminal process various juridical interpretations and edges have been found by the various judicial instances regarding the aggravating "educator" in the crime of Illicit Drug Trafficking, generating some legal uncertainty regarding its application.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO

1.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1.1.1. Autor y sujeto activo

Se establece “*autor*”, a aquella persona que por propia mano o a través de otros, realiza algún tipo legal, a quien la Ley le atribuye responsabilidad penal, ya sea por haber lesionado o haber puesto en peligro un bien jurídico que penalmente está protegido. De igual manera el *sujeto activo*, es quien realiza la acción típica, quien configura el tipo legal, en cuanto a la descripción formal del tipo penal (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 245).

1.1.2. Autoría directa o inmediata

Es quien realiza por sí el hecho punible, quien realiza directamente con su acción la acción típica o aquel que de manera personal realiza la conducta tipificada en la ley penal. Autor directo es quien ejecuta por voluntad misma la acción típica y el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos que requiere el tipo penal (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 246).

Un ejemplo de autor inmediato se puede dar en el delito de asesinato por lucro, aquel sujeto que mata o quita la vida de otro, concurriendo además el ánimo de obtener un provecho económico u otra índole; otro ejemplo se da en la figura jurídica del Hurto, en donde no basta el hecho de apropiarse de un bien mueble, sino que adicionalmente a ello debe existir un ánimo de aprovechamiento para sí o para un tercero (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 247).

1.1.3. La Autoría en los delitos funcionariales

Está definida con rigurosidad dogmática y política criminal, para fundamentar el desvalor de los delitos perpetrados por los funcionarios o servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones; aquello que son perpetrados o realizados desde los fueros institucionales de la Administración Pública, por quienes se encuentran investidos de un cargo público. Son de naturaleza institucional, adquiriendo la estructura organizacional de toda una “*Administración Pública*”, encargada de prestar servicios públicos a la población, a través de quienes la Ley, la Constitución les confiere deberes, esto es, a los “*funcionarios o servidores públicos*”. Finalmente, solo aquellos están en posibilidad de quebrantar, trasgredir o violar los deberes públicos – institucionales, que encauzan el correcto funcionamiento de la Administración, lo que

desemboca en la comisión de los llamados “*delitos funcionariales*” (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 249).

1.1.4. Autoría mediata

La autoría mediata es consecuencias directas de concepciones materiales a efectos de determinar el sujeto protagonista del evento delictivo. El autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases; es decir puede buscar a otros sujetos, para que actúe de acuerdo a sus fines, y esto se da debido a que el autor mediato posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 261).

Autor mediato se deberá entender que es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, ya sea total o parcialmente, el tipo de un hecho punible. En la autoría mediata supone la intervención de dos sujetos: el primero ejecuta el tipo penal, sin saberlo o incluso mediante culpa y, el segundo que sin realizar de manera fáctica el hecho típico, ostenta el dominio del hecho, pues solo de él depende la concreción típica (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 262).

De la misma manera se puede determinar que “*el autor mediato es aquel que tiene el dominio del hecho, porque consigue la instrumentalización de una persona, ya sea de manera directa e indirectamente sobre aquella, cuya actuación determina la comisión del delito*” (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 262).

1.1.5. Coautoría

Son coautores los que cometen conjuntamente el hecho punible; es decir la configuración y/o comisión del hecho punible, importa una imputación reciproca de ambos autores, donde cada uno de ellos tiene el co-dominio funcional del hecho. Mencionado ello se puede decir que un coautor tiene la exclusiva potestad de frustrar la realización del delito, de no ser así no podrá decirse con corrección que detenta el co-dominio del hecho (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 275).

1.1.6. Participación

La participación es considerada como una intervención en un hecho ajeno principal, es decir existen personas distintas al autor quienes contribuyen a la realización típica de un hecho punible; por ejemplo: el que suministra al autor el arma homicida o quien entrega las llaves de la casa para que hurten bienes (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 286).

Esta complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión, ni en el dominio final del hecho. Siendo necesario diferenciar entre autor y

cómplice, entendiéndose que el autor realiza la contribución objetiva del hecho en la etapa ejecutiva del delito; mientras el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria; otra diferencia es que el hecho delictivo como tal le pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesoria (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 287).

Que, el cómplice tenga una función accesoria, implica que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es realizado por el autor. Pero en búsqueda de fundamentar la punición de la conducta del partícipe, basta que el hecho principal sea típico, antijurídico y culpable (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 293).

1.2. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

1.2.1. Diligencias propias de la Investigación Preliminar

Esta se puede realizar 1) por la policía bajo la dirección del fiscal y 2) directamente por el fiscal, cuando así lo estime conveniente. Pero la policía puede adelantar la investigación cuando sea necesario, comunicando al fiscal para su intervención (Sánchez Velarde, 2009, pág. 100).

La finalidad de las diligencias preliminares es la realización de actos urgentes para determinar si los hechos denunciados han tenido lugar y si tienen carácter de delito; asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a las personas involucradas en su comisión. También buscan determinar si el Fiscal debe formalizar o no dicha investigación preparatoria (Sánchez Velarde, 2009, pág. 100).

Mayormente, el Fiscal delega las funciones de investigación preliminar a la Policía, ya sea por factores logísticos o de especialidad, es por eso que éstas tienen un carácter preponderante policial. Estas diligencias pueden agruparse en declaraciones policiales, pericias y actas policiales (Sánchez Velarde, 2009, pág. 101).

1.2.1.1. Las declaraciones policiales

Estas resultan importantes para la realización de las primeras investigaciones, ya que otorgan las bases fácticas de la imputación inicial, posibilitando además el aseguramiento de las pruebas encontradas y la búsqueda de elementos de prueba necesarios y de esa manera poder sustentar la acusación fiscal o el archivamiento. En la investigación fiscal, es trascendente la inmediatez en la recepción de la declaración, y la verificación de la declaración del imputado, agraviado o testigo (Sánchez Velarde, 2009, pág. 101).

Estas declaraciones presentan las siguientes características:

- a) Se trata de la primera declaración del imputado ante la incriminación de un delito.
- b) El interrogatorio se debe transcribir con la mayor fidelidad a lo que ellos exponen.
- c) Se debe registrar la mayor información sobre el delito en la declaración del agraviado, por ejemplo, el día, la hora, las circunstancias, posibles testigos, documentos, objetos, descripción de las características y posibles sospechosos.
- d) La declaración de menores, de igual forma se debe transcribir de la manera más fiel posible.
- e) La declaración del testigo debe servir para el esclarecimiento de los hechos, además debe registrarse sus datos personales a fin de citarlos posteriormente.
- f) Debe de considerarse la posibilidad de proceder a la protección de las víctimas o testigos (Sánchez Velarde, 2009, págs. 101-102).

1.2.1.2. Las Pericias

Estas son utilizadas dependiendo del tipo de delitos que lo requieran. Algunas de las más comunes son:

- a) *Pericia médico legal*. - Practicada para determinar el grado de lesión que ha sufrido la víctima.
- b) *Pericia de alcoholemia*. - También llamada dosaje etílico, para determinar el grado de alcohol que se encuentra en la sangre de una persona.
- c) *Pericia toxicológica*. - Sirve para detectar la presencia de veneno o sustancias tóxicas en el cuerpo.
- d) *Pericia de absorción atómica*. - Esta permite encontrar rastros de disparo de arma de fuego.
- e) *Pericia forense*. - También llamada pericia física de un arma utilizada en la comisión de un delito.
- f) *Pericia grafo-técnica*. - Utilizada para determinar la autenticidad de un documento o firma (Sánchez Velarde, 2009, pág. 102).

1.2.1.3. Actas policiales

Esta acta debe contener fielmente lo que acontece durante el desarrollo de una diligencia. Existen diversos tipos de actas entre las cuales tenemos:

- a) *Acta de incautación*. - Que se practica para recabar instrumentos relacionados con el delito y que se encuentran en posesión de una persona intervenida.

- b) *Acta de hallazgo.* - Se redacta cuando se encuentra objetos vinculados con el delito, desconociéndose su pertenencia. Se levanta en el mismo lugar de los hechos.
- c) *Acta de registro domiciliario.* - Cuando se procede al ingreso de un inmueble a efectos de proceder a la detención de una persona o a la incautación de algún objeto relacionado con el delito.
- d) *Acta de constatación.* - Es aquella que se levanta con el fin de detallar lo que la policía constata directamente (Sánchez Velarde, 2009, pág. 104).

1.2.2. El principio de oportunidad

Se le ha considerado como una excepción al principio de legalidad, debido a que limita al Estado la facultad de perseguir y castigar las infracciones, ya sea por la poca relevancia de la infracción penal, la ausencia del interés público en la persecución del delito, dándole la oportunidad al actor del delito de reparar el daño, para así archivar la investigación contra el imputado obligándolo a reparar el daño a la víctima lo más breve posible (Sánchez Velarde, 2009, pág. 113).

Este principio es un mecanismo de simplificación del proceso penal, pero vale tener en cuenta que es la propia ley la que establece en qué casos es posible dársele aplicación. Es de pretender que para determinados casos se posibilite llegar a un acuerdo entre las partes que están en el conflicto, cuando se tratan de delitos de mínima o mediana criminalidad (Sánchez Velarde, 2009, pág. 113).

1.3. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1.3.1. Definición

También a cargo del fiscal constituye la fase siguiente de la investigación preliminar, al culminar esta, en cumplimiento de la ley, pide la formalización y continuación de la investigación preparatoria. La función de la investigación, tanto la preliminar, como la preparatoria, es la recolección de medios probatorios que permitan tomar una decisión que se concretará en la acusación fiscal o en el pedido de sobreseimiento (Sánchez Velarde, 2009, pág. 126).

1.3.2. Finalidad

Determinar si la conducta incriminada es delictuosa, los móviles que llevaron a cometer el crimen, la identidad de los partícipes y de la víctima, así como el daño (Sánchez Velarde, 2009, pág. 126).

1.3.3. Características

a) Se inicia culminada la investigación preliminar mediante disposición del despacho fiscal; b) Se dispone la concurrencia de los imputados, agraviados y testigos que se requieran; c) Se solicita la información que se requiera a las entidades públicas o privadas; d) las partes puede solicitar al fiscal la actuación de diligencias conducentes; e) El plazo es de 120 días naturales que pueden ser ampliados 60 días más. En los casos de mayor complejidad se puede ampliar hasta por el lapso de 8 meses; f) Culminada esta etapa, el fiscal fundamenta su decisión para el sobreseimiento o la acusación (Sánchez Velarde, 2009, pág. 126).

1.3.4. Efectos

Los efectos son: a) Suspender el curso de la prescripción de la acción penal. Solo se hará valer la excepción de prescripción hasta antes que el Fiscal disponga la formalización y continuación de la investigación preparatoria, pues una vez iniciada esta, el plazo de prescripción se suspende; b) Una vez iniciada, solo puede ser archivada por decisión del juez de investigación preparatoria, a pedido del fiscal o del imputado (Sánchez Velarde, 2009, pág. 127).

1.3.5. Formalización y continuación de la investigación

Aquí se da paso a la disposición emitida por el fiscal, la cual abre la investigación preparatoria (Sánchez Velarde, 2009, pág. 128).

1.3.5.1. Presupuestos

- a) *La existencia de indicios que revelan la existencia del delito.* - Para esto se requiere de elementos probatorios objetivos que puedan evidenciar la comisión de un delito y que se vinculen con la persona imputada.
- b) *Que se haya individualizado al imputado.* - Es decir, que se debe seguir contra una persona cierta e identificada.
- c) *Que la acción penal no haya prescrito.* - Es decir, que este hecho haya dejado de perseguirse por transcurso del tiempo
- d) *Que se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad.* - Este requisito se encuentra sujeto a la exigencia de algún presupuesto de procedibilidad para el inicio de la investigación preparatoria y que se encuentre previsto en la ley.

1.3.6. Las principales diligencias

1.3.6.1. La declaración del imputado

Consiste en conocer su propia versión sobre los cargos que se le hacen y su participación en los mismos, lo que además permite conocer directamente al

investigado, su condición y cualidades. Esta diligencia tiene naturaleza formal, debiendo constar en acta suscrita por todas las partes intervinientes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 132).

1.3.6.2. La declaración del testigo

Constituye un medio probatorio importante de esclarecimiento y fuente de información para conocer los hechos y las personas involucradas en la comisión de un delito. El testigo tiene la obligación de asistir a las citaciones del Fiscal y del Juez (Sánchez Velarde, 2009, pág. 135).

1.3.6.3. El examen del testigo

Quienes deben ser instruidos de sus obligaciones y responsabilidades, advirtiéndole también que no está obligado a responder preguntas de las cuales pueden surgir su responsabilidad penal y prestar juramento antes de declarar. El testigo brindará sus datos personales generales, pero pueden reservarse estos datos si el testigo expresara existencia de temor sobre su integridad (Sánchez Velarde, 2009, pág. 135).

1.3.6.4. La declaración del agraviado

Es la víctima del delito y quien dará su testimonio de manera directa sobre los hechos, la conducta del agente, los medios empleados, el modo cómo se ejecutó y las circunstancias propias que rodearon al hecho. Al agraviado se le interrogará (Sánchez Velarde, 2009, pág. 139).

1.3.6.5. La pericia

Es el medio técnico y científico más importante que tiene tanto el fiscal como el órgano jurisdiccional para lograr el esclarecimiento de un hecho. Ambos, pueden disponer de una pericia de oficio o a pedido de las partes cuando sea necesario (Sánchez Velarde, 2009, pág. 139).

1.3.7. Aspectos especiales de investigación

1.3.7.1. El agente encubierto

Este acto de investigación se puede dar cuando a) se trate de diligencias preliminares que tengan que ver con actividades de delincuencia organizada; y b) cuando existan indicios de la comisión de un delito. En ambos casos, el Fiscal está en la posibilidad de autorizar a miembros de la Policía Nacional a actuar encubiertos con una identidad distinta para realizar las investigaciones correspondientes. En este caso, los agentes encubiertos, están legítimamente habilitados para actuar en

la investigación. De cometer algún delito en virtud de su labor, éstos están exentos de su responsabilidad penal (Sánchez Velarde, 2009, pág. 152).

1.4. LA ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL

1.4.1. Definición

La etapa intermedia constituye el conjunto de actos procesales consistentes en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación. Estos requerimientos consisten en identificar correctamente al imputado, se debe describir el hecho por el cual se pide la absolución o la apertura a juicio, se debe calificar jurídicamente ese hecho. Pero también suele pasar que este requerimiento fiscal puede contener errores o vicios que deben ser corregidos para que la decisión judicial no sea inválida (Espino Medrano, 2012, pág. 1).

1.4.2. Naturaleza jurídica

Constituye un espacio procesal dirigido por el juez de investigación preparatoria para ir a la fase del juzgamiento o archivamiento del proceso. Viene a ser un conjunto de actos que van a revisar si la instrucción previa está completa y resolver la procedencia de apertura del juicio oral. Esta etapa comprende desde que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicte el auto de enjuiciamiento o cuando el juez decida el sobreseimiento (Sánchez Velarde, 2009, pág. 157).

1.4.3. La acusación fiscal

Es donde el Ministerio Público ejerce su función acusadora, formulando los cargos de incriminación contra una persona, proponiendo además la pena y la reparación civil (Sánchez Velarde, 2009, pág. 157).

En la audiencia preliminar del control de la acusación, el Fiscal, además de sustentar su acusación oral, también podrá modificar, aclarar o integrar su acusación. En su turno la defensa podrá sostener argumentativamente sus medios de defensa técnica (Espino Medrano, 2012, pág. 1).

La acusación fiscal debe contener a) los datos de la identidad del acusado, b) la exposición de los hechos, de manera clara y cronológica, c) los elementos de convicción que sustenten la acusación, d) el grado de participación de los acusados, e) la relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, es decir, de circunstancias que atenúen la responsabilidad del acusado, f) la ley penal aplicable, g) la propuesta de la pena y monto de la reparación civil y h) los medios de

prueba que ofrece para que se actúen en el juicio oral, indicando nombre, domicilio y los puntos a tratarse, en caso ofrezca declaración de testigos o de peritos (Sánchez Velarde, 2009, pág. 157).

1.4.3.1. Características complementarias

- a) Esta acusación debe sustentarse sobre los hechos y personas contenidos en la Disposición que da inicio a la investigación Preparatoria.
- b) El Fiscal puede formular su acusación con una calificación alternativa o subsidiaria en los casos donde sea posible que haya dos o más figuras delictivas y no sea del caso precisar cuál de ellas es la debida.
- c) En la acusación se debe indicar las medidas de coerción impuestas durante la investigación, como también se puede solicitar que se impongan nuevas medidas (Sánchez Velarde, 2009, pág. 162).

1.4.3.2. Tramite del requerimiento acusatorio

El Fiscal remitirá al Juez de la Investigación preparatoria quien pondrá en conocimiento del contenido de la acusación a las partes procesales, las partes a su vez tendrán un plazo de diez días para: a) Observar la acusación por defectos que puede consistir en la precisión de datos, hechos o pruebas; b) deducir excepciones u otros medios de defensa; c) solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción; d) Solicitar la actuación de la prueba anticipada, que se realiza antes del juicio oral. e) Solicitar el sobreseimiento, que viene a ser un planteamiento que hace el procesado ante el Juez antes de la audiencia de acusación y que debe ser sustentada en esta; f) Solicitar se aplique el criterio de oportunidad que se puede aplicar hasta antes de formularse la acusación; g) Ofrecimiento de pruebas para el juicio oral. Cuando se trata de testigos y peritos, éstos deben indicar sus datos y sobre qué hechos declararán; h) Objetar la reparación civil o pedir su incremento, ofreciendo medios probatorios, el imputado también podrá cuestionar el monto que se solicita, fundamentando las razones; i) Planear cualquier otra cuestión para el juicio oral, que no haya sido prevista expresamente en la ley (Sánchez Velarde, 2009, pág. 164).

1.4.4. La audiencia de control de la acusación

Es la audiencia por la cual se realiza el control del requerimiento acusatorio, que es efectuada por la defensa de la parte acusada. Se trata de la posibilidad que tiene la defensa de cuestionar los términos de acusación antes de ir al juicio, incluso pudiendo evitarlo (Sánchez Velarde, 2009, pág. 167).

Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada (Espino Medrano, 2012, pág. 1).

La audiencia será dirigida por el juez de la Investigación Preparatoria y durante su realización, si la ausencia es del abogado particular, la defensa lo asumirá el defensor público. Esta audiencia se inicia con la identificación de los sujetos procesales, la misma que es obligatoria. EL juez otorgará la palabra primero al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida (Espino Medrano, 2012, pág. 1).

1.4.5. El sobreseimiento del proceso – La audiencia de control

El proceso penal puede concluirse sin la necesidad de llegar a juicio. Por lo tanto, el sobreseimiento es la resolución judicial que va a poner fin al proceso, esto, cuando se ha concluido la etapa preliminar y antes de abrirse el juicio oral. Tiene efecto de cosa juzgada y se da por no ser posible una acusación fundada, por la inexistencia del hecho, por no ser un hecho típico o bien por no tener responsabilidad quien hasta entonces aparece como el presunto autor. La parte agraviada puede oponerse al requerimiento de sobreseimiento (Sánchez Velarde, 2009, pág. 170).

1.4.6. La interposición de nuevos medios de defensa

En la etapa intermedia, es posible interponer medios de defensa técnicos, siempre que no se hayan planteado y resuelto anteriormente, estos pueden ser excepciones de naturaleza de la acción, cosa juzgada, prescripción, etc. También es posible su procedencia habiéndose formulado la acusación escrita, pero obliga a su debate en la audiencia de control o antes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 172).

1.4.7. El control de las pruebas para el juicio oral

En la etapa intermedia se discuten las pruebas que argumentan las posiciones de cada parte e incluso permite llegar a acuerdos sobre la prueba a fin de evitar su actuación en el juicio oral. La solicitud para su actuación en juicio exige que estas sean útiles, conducentes y pertinentes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 173).

1.4.8. El auto de enjuiciamiento

Este auto implica el paso de la etapa intermedia a la etapa de juzgamiento. Este debe contener:

- a) Nombre del acusado y el agraviado.
- b) Delito materia de acusación.
- c) Los medios de prueba admitidos o consensuados.
- d) La indicación de las partes constituidas en el proceso.
- e) La orden de remisión al juez encargado del juicio oral (Sánchez Velarde, 2009, pág. 173).

1.4.9. Duración de la etapa intermedia

El plazo será el necesario y dependerá de la dirección judicial con la intervención de las partes, ajustándose siempre al principio de celeridad (Sánchez Velarde, 2009, pág. 174).

1.5. LA FASE DE JUZGAMIENTO

1.5.1. Definición

Esta fase se inicia con el auto de citación a juicio y termina con la emisión de la sentencia. La parte central es el juicio oral, donde se debatirá sobre la prueba, y se buscará convencer al juzgador, sobre la inocencia o culpabilidad de un procesado, todo bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, concluyendo con la emisión de la sentencia (Sánchez Velarde, 2009, pág. 174).

1.5.2. Principios rectores del juicio oral

- a) *Principio de oralidad.* - Refiere a que la audiencia se realizará oralmente, así como toda petición o cuestión en la audiencia. Se admite la posibilidad del registro de lo actuado a través de audio-video.
- b) *Principio de publicidad.* - Se permite el libre acceso a las salas judiciales, principalmente en la fase del juzgamiento. Siendo el juicio oral público, se permite cierta privacidad cuando se afecte el pudor, vida privada, seguridad nacional o los intereses de la justicia. Se establece, además, que la sentencia siempre será pública, con excepción de aquella que afecte intereses de un menor.
- c) *Principio de contradicción.* - Este radica en el debate oral sobre la prueba y sus argumentos parciales y finales.
- d) *Principio de inmediación.* - Exige el acercamiento del juez con el acusado, agraviado y testigo, y cuando aprecia directamente las pruebas ofrecidas.
- e) *Principio de continuidad.* La ley exige que la audiencia oral se siga en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión (Sánchez Velarde, 2009, pág. 177).

1.5.3. Características principales

Las características de la fase de juzgamiento son las siguientes: a) El juicio oral se realizará bajo la dirección del Juez correspondiente, b) En esta fase se manifiesta el principio acusatorio, c) el juez controla la intervención de las partes, d) El juicio oral se realizará de manera continua, e) Se puede regular la interrupción y suspensión de la audiencia solo por enfermedad del juez, fiscal, imputado, defensor, o por razones de fuerza mayor o caso fortuito (Sánchez Velarde, 2009, pág. 179).

1.5.4. Actos previos o iniciales del juicio oral

- a) La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado, si éste no ha justificado su inasistencia, se ordenará su captura.
- b) Si estuvieran otros procesados y éstos están presentes, se continuará con la audiencia.
- c) El acusado va al juicio de manera libre, salvo aquel que se encuentre detenido, quien irá con resguardo policial.
- d) El lugar donde se realizará la audiencia será en la sede judicial, salvo enfermedad del procesado o dentro de los establecimientos penales, cuando éste se encuentre encarcelado.
- e) La audiencia solo podrá instalarse con la presencia del juez, fiscal, el acusado y su abogado (Sánchez Velarde, 2009, pág. 180).

1.6. DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

1.6.1. La conclusión anticipada del juicio oral

Es un mecanismo que simplifica el proceso siempre y cuando el acusado acepte ser el responsable del delito y asuma la pena y la reparación civil que propone el fiscal. Consta de las siguientes características: Corresponde al Juez formular pregunta al acusado si está de acuerdo con la acusación, delito, pena y reparación, a lo que el acusado, consultando con su abogado defensor podrá contestar. La ley hace posible que el acusado pueda llegar previamente a un acuerdo con el fiscal sobre la pena. En todo caso el procesado puede aceptar los hechos por los cuales se le acusa, pero también puede expresar su disconformidad con la pena y con el monto de la reparación civil. Si fuesen varios los acusados y solo uno de ellos se acoge a la conclusión anticipada, podrá resolverse dicho extremo y proseguir con el juicio a los demás inculcados (Sánchez Velarde, 2009, pág. 183).

1.6.2. La admisión de la prueba en el juicio oral

Aquí, se actuarán en el juicio oral las pruebas que han sido admitidas en la etapa intermedia. También se prevé que las partes puedan reiterar el ofrecimiento de

pruebas que fueron inadmisibles, pero va a requerir de especial fundamentación (Sánchez Velarde, 2009, pág. 184).

1.6.3. Posibilidad de ampliación de cargos de la incriminación

El proceso penal da al Fiscal la posibilidad de que formule una acusación complementaria durante el desarrollo del juicio oral, pero se exige que ésta incluya un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad (Sánchez Velarde, 2009, pág. 185).

1.6.4. El orden en el examen de la prueba

- a) El orden en el que deben declarar los acusados es decidido por el Juez.
- b) El interrogatorio, tanto del fiscal como de los defensores.
- c) El Juez puede intervenir en el momento que lo considere, a fin de pedir esclarecimiento por parte del fiscal o de la defensa (Sánchez Velarde, 2009, pág. 186).

1.6.5. El examen del acusado

El acusado es la primera persona interrogada, con el fin de oír su propia versión de los hechos y contrastarlos con los medios probatorios para que, de esta manera, el juzgador emita su decisión final. El acusado responderá de manera libre, relatando los hechos y haciendo las aclaraciones y explicaciones correspondientes. El abogado defensor será el último que proceda a interrogarlo (Sánchez Velarde, 2009, pág. 187).

1.6.6. El examen de testigos y peritos

Estos deben prestar juramento de declarar con la verdad, están sujetos a contra-examen y expresarán la razón de sus versiones. Si alguno de ellos, olvida o contradice su versión anterior, se les puede leer su versión anterior. Sus versiones pueden ser confrontadas y éstos pueden ser sometidos a nuevo interrogatorio. Si el testigo o perito, no concurre a la citación de audiencia, pueden ser conducidos a la fuerza, salvo que justifique su inasistencia, de ser así, podrán dar su versión desde donde se encuentren. El control del interrogatorio estará a cargo del Juez (Sánchez Velarde, 2009, pág. 188).

1.6.7. El examen de la prueba material

Es aquel objeto o vestigio recogido en la escena del crimen o durante la investigación que se encuentra vinculada al delito y que debe ser analizada por las

partes y expuesta al juez para fines de esclarecimiento (Sánchez Velarde, 2009, pág. 190).

1.6.8. La oralización de la prueba documental

Tiene por finalidad conocer lo que contienen los documentos, para ser analizado y debatido por las partes y para que el juzgador vaya tomando convicción sobre éstos. La nueva legislación procesal prohíbe oralizar los documentos que se refieran a la prueba actuada en el juicio oral. Cada una de las partes solicitará al juzgador que disponga la lectura del documento para proceder a analizar, para que luego pase a hacer lo mismo la parte contraria (Sánchez Velarde, 2009, pág. 192).

1.6.9. La prueba de oficio

Permite al juzgador ordenar la realización de pruebas que sirvan para el esclarecimiento de la verdad. Cuando esta solicitud no haya sido peticionada por las partes, el Juez puede ordenar la realización de una inspección o una reconstrucción de los hechos cuando no se haya realizado en la etapa anterior, o si es que se realizó, ésta sea insuficiente. Es necesario que, para esto, exista previo debate entre las partes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 193).

1.6.10. Los alegatos finales

También llamados alegatos de clausura, es el momento culminante del contradictorio, donde los intervinientes van a sustentar sus pretensiones buscando generar ante el Juez la convicción para su decisión final. Es el análisis de los hechos materia de debate y los aspectos probatorios y de derecho de todo lo actuado en la audiencia (Sánchez Velarde, 2009, pág. 194).

1.7. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN ORAL

1.7.1. La teoría del caso

Es el conjunto de hechos reconstruidos a través de la prueba que se subsumen dentro del tipo penal, para que los hechos puedan ser probados en el juicio. Entonces, viene a ser una estrategia que hace el fiscal o el defensor para presentar y probar durante el juicio oral (Sánchez Velarde, 2009, pág. 197).

1.7.2. Construcción de la teoría del caso

La teoría del caso debe permitir que el fiscal o el abogado defensor, alcancen los objetivos trazados. La construcción de esta teoría se hace sobre una base de hechos que van a ser sustentados con medios probatorios convincentes. La determinación de estos medios de prueba se debe de anticipar a cualquier cuestionamiento que

podiera hacer la parte contraria, además se debe tener en cuenta las pruebas que ofrece la contraparte a fin de elaborar una estrategia para el interrogatorio (Sánchez Velarde, 2009, pág. 200).

1.7.3. El alegato de apertura

Es la primera intervención oral que hará el fiscal y la defensa con respecto a su teoría del caso con la finalidad de hacer conocer su posición y lo que pretenden. Esta debe ser una exposición resumida de los hechos, las pruebas y lo que esperan al finalizar el juicio. El alegato de apertura, terminará con la pretensión acusatoria del fiscal que consistirá en la propuesta de pena, y responsabilidad civil de acuerdo a la responsabilidad del acusado y las que presenten la defensa de este (Sánchez Velarde, 2009, pág. 201).

1.7.4. El examen o interrogatorio directo

Es la revisión en el juicio oral de los testigos que presenta la propia parte a fin de desarrollar el relato que permita comprobar las proposiciones de los hechos y el éxito de la teoría del caso, buscando extraer de las declaraciones la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos. El interrogatorio directo es aquel que efectúa el abogado que presenta al testigo con la finalidad de aportar pruebas sobre algunas de sus alegaciones (Sánchez Velarde, 2009, pág. 202).

1.7.5. El contra-examen o contrainterrogatorio

Es el interrogatorio que se le hace al testigo ofrecido por la parte contraria y que le exige al litigante ejercer control del testigo porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio. El contra-examen busca aportar elementos positivos al caso, destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria e impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria (Sánchez Velarde, 2009, pág. 205).

1.7.6. Las objeciones

Son los cuestionamientos que hacen las partes durante el desarrollo del juicio por alguna intervención, son aquellas incidencias que se presentan en el juicio oral. Estas se manifiestan en el ámbito de la formulación de las preguntas que afectan a la contraparte. Las reglas son que debe de actuarse rápidamente, en el momento que surge la mácula de inadmisibilidad, antes de que el testigo responda, debe actuarse con profesionalidad, exponiendo la objeción y sus fundamentos, objetar cuando sea necesario y no en todos los casos (Sánchez Velarde, 2009, pág. 207).

1.7.7. El alegato de clausura

Viene a ser la intervención final que hace el fiscal y la defensa durante el juicio oral con la finalidad de exponer los hechos y fundamentos jurídicos a fin de convencer al juzgador sobre lo que se pretende (Sánchez Velarde, 2009, pág. 208).

1.8. LA SENTENCIA PENAL

1.8.1. Definición

Es la resolución judicial que da por terminado el juicio, resolviendo de manera definitiva la pretensión punitiva que va a poner fin al proceso, aquí se condena o absuelve al acusado con efecto de cosa juzgada (Sánchez Velarde, 2009, pág. 211).

1.8.2. La sentencia absolutoria

Destacará la existencia del hecho punible, las razones que concluyen que el hecho no constituye delito, la ausencia de medios probatorios que pruebe su culpabilidad. Los efectos de la sentencia absolutoria son la declaración de la libertad del reo en caso que éste estuviera en la cárcel, la cesación de medidas de coerción y la restitución de objetos que hayan sido afectados (Sánchez Velarde, 2009, pág. 214).

1.8.3. La sentencia condenatoria

Donde destaca la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, la pena que se impone o las medidas de seguridad y reglas de conducta. También se fijará la fecha en que terminará la condena y el plazo para el pago de la multa. Cabe señalar que se descontará el tiempo de la detención, prisión preventiva o detención domiciliaria que el acusado haya cumplido antes de ser condenado (Sánchez Velarde, 2009, pág. 215).

1.8.4. La impugnación

La parte que se siente disconforme o afectada puede impugnar la resolución emitida por el juez, el juzgador pregunta al fiscal y a la defensa según corresponda. El plazo para interponer este recurso es de hasta cinco días después de notificada la resolución y cinco días que se deberá formalizar por escrito en caso se haya interpuesto oralmente en la sentencia (Sánchez Velarde, 2009, pág. 216).

1.9. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1.9.1. Órganos encargados de la ejecución de la sentencia

El órgano jurisdiccional no solo está encargado del juzgamiento, sino también de hacer ejecutar lo juzgado y encarga a otros jueces la ejecución de las sentencias,

que compete al Juez de la Investigación Preparatoria. También se le otorga la facultad al fiscal, a quien le corresponde el control de las sanciones penales, instando las medidas de supervisión y control que correspondan (Sánchez Velarde, 2009, pág. 217).

1.9.2. La ejecución civil

Se busca la forma de materializar las sanciones económicas que se derivan de la sentencia. La ejecución de la reparación civil es dirigida por el Juez de Investigación Preparatoria y se rige por la legislación procesal civil con intervención del fiscal y del actor civil (Sánchez Velarde, 2009, pág. 218).

1.10. LA PRUEBA

1.10.1. Concepto de prueba

Es una forma de alcanzar la verdad. Es una demostración de una afirmación o de la existencia de un hecho. Es todo elemento que se introduce de manera legal y que sea susceptible de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los hechos de la imputación (Sánchez Velarde, 2009, pág. 224).

1.10.2. Objeto de la prueba

Nuestro Código Procesal Penal regula la figura del objeto de la prueba en el artículo 156, para lo cual menciona que *“son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”*; adicionalmente también señala que *“No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio”*.

Entonces el objeto de la prueba es todo aquello que puede ser probado, es todo aquello que puede ser percibido por lo sentidos. También debe entenderse la materialidad o tema sobre el que recae la actividad probatoria. Durante un proceso penal el objeto de prueba será los hechos y no las simples afirmaciones, toda vez que aquellos se constituyen en los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en el determinado proceso (Castillo Cortes, 2010, pág. 1).

La prueba deberá de versar sobre los hechos alegados y controvertidos en el proceso, se excluyen de todo medio probatorio los hechos de conocimiento general, es decir, los notorios (Abogados penalistas, 2017, pág. 1).

En primer lugar, se presentan los hechos objeto del proceso penal, en palabras de algunos autores y de la persona a la que se imputa su comisión u omisión; los hechos, alegados por la acusación, deben estar sustentados con medios probatorios para generar convicción judicial, porque en caso contrario dicha acusación se convierte en inexistente. También, son importantes los hechos alegados por la defensa, que excluyen, dificultan o impiden la convicción judicial buscando un pronunciamiento absolutorio. Igualmente se prueba las circunstancias eximentes y atenuantes, cuya prueba recae sobre el acusado (Abogados penalistas, 2017, pág. 1).

Son los hechos u objetos que se refieran a la imputación, punibilidad y determinación de la pena, así como lo referido a la responsabilidad civil (Sánchez Velarde, 2009, pág. 231).

1.10.3. Excepciones a la práctica de prueba en juicio oral

Existen dos excepciones reconocidas por la doctrina, que son la prueba anticipada y la prueba preconstituida (Sánchez Velarde, 2009, pág. 233).

1.10.3.1. La prueba anticipada

Consistente en actuar la prueba antes de ir a juicio oral y de manera justificada, ya que resulta imposible su realización en dicho acto, esto, para asegurar su valoración con las demás pruebas. Está sujeto a las siguientes características: a) Que se imposible su actuación en el juicio oral; b) La decisión judicial sobre la actuación de prueba anticipada; c) Su realización bajo la dirección del órgano jurisdiccional; d) La formalidad de su procedimiento; e) La intervención de las partes en la diligencia (Sánchez Velarde, 2009, pág. 233).

1.10.3.2. La prueba preconstituida

Es aquella prueba que se obtiene como consecuencia de los primeros actos de investigación y solo pueden convertirse en actos de prueba si son reproducidas en el juicio oral o sometidas a contradicción. Pueden ser las diligencias propias de la investigación policial, la necropsia, el levantamiento de cadáver, dosaje etílico, etc. (Sánchez Velarde, 2009, pág. 236).

1.10.4. La prueba prohibida

Es aquella prueba que ha sido obtenida mediante la violación a los derechos fundamentales, ya sea de manera directa o indirecta, y el código procesal la sanciona mediante la ineficacia, que carece de efectos legales y que el Juez no

podrá utilizar. Para que una prueba sea válidamente incorporada y valorada, debe ser obtenida de manera lícita (Sánchez Velarde, 2009, pág. 237).

1.10.5. La prueba testimonial

Es el recurrir a las declaraciones de personas que tiene conocimiento de los hechos y que podrían aportar datos que son útiles para el esclarecimiento de los hechos, significa poner en conocimiento del fiscal o del órgano jurisdiccional de algunos hechos relacionados con el delito o bien el dar a conocer información que tenga que ver con el presunto autor o los medios que se utilizaron para lograr el cometido (Sánchez Velarde, 2009, pág. 248).

1.10.5.1. El testimonio

Es la declaración que hace el testigo ante el órgano jurisdiccional sobre un hecho pasado del cual tiene conocimiento ya que ha visto, oído o palpado y que es objeto de averiguación, por lo cual va a informar al Juez (Sánchez Velarde, 2009, pág. 249).

1.10.5.2. Características del testimonio

- a) Es realizado por persona física capaz.
- b) La declaración se da de manera verbal.
- c) Debe hacerse libre de amenazas o promesas.
- d) Puede ser ofrecida de oficio o de parte.
- e) Puede ser espontaneo o previa preparación interrogatoria.
- f) Puede ser de cargo o de descargo.
- g) Es un colaborador de la justicia.
- h) En caso de incapacidad, puede hacerse por escrito.
- i) Si son diferentes testigos, los testimonios se darán por separado.
- j) Se permite el careo entre testigos (Sánchez Velarde, 2009, pág. 250).

1.10.5.3. Clases de testigos

- a) *Testigos directos o presenciales.* - Son los que obtienen la información de manera directa, percibida por los sentidos (Sánchez Velarde, 2009, pág. 252).
- b) *Testigos indirectos.* - Son aquellos que reciben la información de otras fuentes o medios de comunicación.
- c) *Testigos de conducta.* - Son los que, a pedido del imputado, acuden ante el ente jurisdiccional para dar la buena fe de la conducta del solicitante.
- d) *Testigos instrumentales.* - Son los llamados a dar fe de la veracidad de un documento o firma (Sánchez Velarde, 2009, pág. 252).

1.10.5.4. Obligación de testimoniar

Todas las personas convocadas para testimoniar, deben concurrir a la sede judicial, sin importar si son ciudadanos nacionales o extranjeros. La autoridad jurisdiccional o el fiscal deben citar como testigos a las personas ofrecidas por las partes o las que considere el Juez o el fiscal, o bien a las personas que el imputado considere necesarias para su defensa. El Juez, según su criterio, podrá limitar el número de testigos. El testigo que siendo citado por la autoridad y que no asista para brindar su declaración, se le hará comparecer por la fuerza (Sánchez Velarde, 2009, pág. 253).

1.10.5.5. No obligatoriedad del testimonio

El nuevo reglamento procesal establece que hay personas que no están obligadas a prestar declaración testimonial cuando exista parentesco, ya que existen relaciones y vínculos familiares, de armonía en el hogar, que no obligan a los parientes del inculpado a declarar como testigos. También se exceptúan razones que deben al secreto profesional o de Estado (Sánchez Velarde, 2009, pág. 255).

1.10.6. Careo

1.10.6.1. Definición

Se da cuando se presentan contradicciones entre las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos sobre determinados puntos que resulta necesario esclarecer. Esta puede ser a pedido de las partes o de oficio por el Juez o el Fiscal. Su práctica solo se dará en el juicio oral (Sánchez Velarde, 2009, pág. 143).

Consiste en poner frente a frente a los sujetos intervinientes en el proceso para que esclarezcan las controversias y contradicciones surgidas de sus propias declaraciones. Se hace necesario cuando surgen contradicciones sobre sus versiones originando discordancia o confusión (Sánchez Velarde, 2009, pág. 257).

1.10.6.2. Naturaleza jurídica del careo

Una tendencia doctrinaria lo considera como un medio de prueba, ya que, a través de dicho acto, el Juez puede llegar a obtener la verdad de los hechos, mientras que otro sector de la doctrina niega que se trate de un medio de prueba, sino más bien que se trata de un expediente para la valoración de una prueba (Sánchez Velarde, 2009, pág. 257).

1.10.6.3. Características del careo

- a) Busca despejar incertidumbres creadas en las declaraciones de imputados y testigos.
- b) Es posible el careo entre testigos.
- c) Es improcedente el careo entre un imputado y una víctima menor de catorce años, salvo solicitud de la defensa.
- d) La autoridad judicial valorará el careo con las demás pruebas actuadas.
- e) Se basa en los principios de inmediación y contradicción (Sánchez Velarde, 2009, pág. 258).

1.10.7. La prueba pericial

1.10.7.1. Definición

Es el medio probatorio que se empleará para aportar al proceso nociones técnicas, para cuya determinación se requiere conocimientos profesionales, científicos o de experiencia calificada (Sánchez Velarde, 2009, pág. 259).

1.10.7.2. El perito

El perito es el llamado por su conocimiento específico que posee, fundamentalmente, es el elemento técnico especialista en determinada materia. El nombramiento del perito se realizará en la etapa de investigación preparatoria por el Juez competente y en los casos de prueba anticipada, puede ser nombrado por el Juez o Fiscal. La nueva legislación procesal indica que solo podrá nombrarse a un perito, pero cuando resulte necesario o cuando se trate de un asunto complejo, se requerirá de distintos conocimientos, lo cual conllevará a auxiliarse de más peritos. La resolución o disposición fiscal de nombramiento de perito, deberá contener el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y el plazo o entrega del informe pericial (Sánchez Velarde, 2009, pág. 260).

1.10.7.3. El informe pericial

Son los resultados del trabajo realizado por el perito que contiene la explicación detallada del desarrollo realizado y los principios científicos en los que se basa. En el caso de que existan discrepancias entre los informes de varios peritos, cada uno presentará su informe y en caso de que el perito de parte discrepe con las conclusiones de los informes oficiales, éste puede presentar su propio informe (Sánchez Velarde, 2009, pág. 262).

1.10.7.4. El examen pericial

Iniciará con la exposición del contenido y las conclusiones de su informe, luego se le exhibirá el informe para que el perito confirme si es el que él ha emitido, si ha sido adulterado y si es su firma la que aparece al final. En el caso de existir contradicciones de pericias oficiales o bien de éstas con las de parte, se procederá al debate pericial (Sánchez Velarde, 2009, pág. 262).

1.10.8. La prueba documental

El documento es aquel medio que registra y contiene una representación en el tiempo, del pensamiento o conocimiento de un acto o suceso, éste comprende a todas aquellas manifestaciones de hechos que sirven para acreditar un hecho (Sánchez Velarde, 2009, pág. 263).

1.10.9. La valoración de la prueba

1.10.9.1. Concepto básico

El momento culminante de la actividad probatoria es cuando se procede judicialmente a la valoración de la prueba. Ésta es definida como una operación intelectual que realiza el juez de juzgamiento y que busca establecer la eficacia de los medios de prueba que han sido recibidos en el debate. La valoración de la prueba va a determinar el grado de conocimiento que posee el juzgador y sus efectos son la destrucción de la presunción de inocencia, logrando convencer al juzgador la culpabilidad del imputado (Sánchez Velarde, 2009, pág. 268).

1.10.9.2. Sistemas de valoración de la prueba

Corresponde al Juez la valoración de su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Existen dos aspectos que le dan mayor aceptación a la valoración de la prueba mayor aceptación en sistemas como el nuestro, éstos son la libertad de convencimiento judicial sobre la prueba en atención al razonamiento lógico y la exigencia de expresar cuales son las razones judiciales en la motivación de la resolución (Sánchez Velarde, 2009, pág. 269).

1.10.9.3. La valoración de la prueba y el in dubio pro reo

Este principio nos indica que, en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, ha de aplicarse la ley más favorable al procesado, resolviéndose a favor de éste. Guarda estrecha relación con la presunción de inocencia, prohibiendo al tribunal condenar a un acusado si no tiene certeza de su culpabilidad y obligándolo además a absolverlo (Sánchez Velarde, 2009, pág. 270).

1.11. LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Las características más comunes son a) que lo interpone quien resulta agraviado y disconforme con la resolución, teniendo interés directo y la legitimidad, por escrito y dentro del plazo de ley; b) Debe precisarse qué puntos de la resolución son las que causan agravio, fundamentando jurídica y fácticamente; c) el juez controlará la admisibilidad del recurso, elevándola al Juez superior; d) Se sujetan a plazos de dos días para reposición, cinco para apelación de sentencia, tres para apelación contra autos, y diez para recurso de queja y casación (Sánchez Velarde, 2009, pág. 413).

1.11.1. El recurso de reposición

Se dirige contra los decretos que son decisiones de trámite judicial, con la finalidad de que el juez que la emitió examine nuevamente el caso y dicte la resolución correspondiente. El auto que resuelve la reposición es inimpugnable (Sánchez Velarde, 2009, pág. 414).

1.11.2. El recurso de apelación

Es el recurso más frecuentado de los recursos de impugnación en el proceso penal. Se trata de que un superior jurisdiccional puede revisar y volver a juzgar cuestiones de hecho y de derecho ya resueltas. Procede contra autos y sentencias. Esta apelación tiene efectos suspensivos (Sánchez Velarde, 2009, pág. 415).

1.11.3. El recurso de casación

Se trata de un medio impugnatorio extraordinario, en los cuales sus efectos pueden ser devolutivos o suspensivos y extensivos, mediante los cuales se somete al tribunal Supremo el conocimiento de determinados Autos y Sentencias definitivos dictados por órganos colegiados, con la finalidad de lograr la anulación de la resolución que ha sido recurrida, fundamentando la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de la norma jurídica material o procesal aplicada en el caso. Esta procede contra sentencias definitivas, autos de sobreseimiento y autos que pongan fin al procedimiento, extinguiendo la acción penal o la pena, dictadas en apelación por las Salas Superiores (Sánchez Velarde, 2009, pág. 421).

1.11.4. El recurso de queja de un derecho

Busca que la instancia superior pueda controlar si se ha ajustado o no a derecho la resolución declarada inadmisibles por el inferior. Se trata de una vía procesal indirecta para lograr que se conceda la impugnación deducida y negada. Procede cuando el juez declara inadmisibles un recurso de apelación y cuando la Sala Superior declara

inadmisible un recurso de casación. El plazo para interponer es de tres días (Sánchez Velarde, 2009, pág. 427).

1.12. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

1.12.1. Definición

Se trata de una acción que se dirige ante el órgano jurisdiccional supremo a fin de solicitar un nuevo análisis del caso penal, a pesar de la existencia de sentencia firme, ya que existe una causal de suma importancia que demostraría la inocencia de una persona condenada por un delito. La idea de esta figura consiste en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente de manera insoportable para la idea de la justicia. Lo que busca la revisión es eliminar el error judicial que se pueda haber producido en contra del imputado de acuerdo con los presupuestos establecidos por ley. Aquí se trata de analizar la nueva prueba presentada y que no haya sido conocida con anterioridad (Sánchez Velarde, 2009, pág. 429).

1.12.2. Supuestos de aplicación

Procede solo a favor del condenado y de manera taxativa se establecen los siguientes casos:

- a) Cuando después de dictada la sentencia condenatoria, se dicta otra igual por el mismo delito, pero a persona distinta de la primera, no pudiendo conciliarse ambas sentencias, exigiendo su nuevo análisis judicial.
- b) Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otro precedente que tenga calidad de cosa juzgada.
- c) Cuando se demuestre que una prueba considerada decisoria para la sentencia carece de valor por falsedad.
- d) Cuando se descubren nuevos hechos o medios de prueba no conocidos durante el juicio y que permitan determinar la inocencia de un condenado.
- e) Cuando se demuestre que la sentencia fue determinada por delito incurrido por el Juez o existió amenaza contra él o su familia, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.
- f) Cuando la norma que sustentó la sentencia haya sido declarada inconstitucional o inaplicable por la Corte Suprema (Sánchez Velarde, 2009, pág. 430).

1.12.3. Interposición, trámite y sentencia

La interposición está a cargo del Fiscal Supremo Penal y por el condenado o por sus familiares que actúen en representación y se presenta ante la Sala Penal de la Corte Suprema con los siguientes requisitos:

- a) La determinación de la sentencia sujeta a revisión, con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó.
- b) La causal y la referencia específica y completa de los hechos en que se fundamenta.
- c) La indemnización precisa que se pretende.
- d) Copia de la documentación pertinente, como la sentencia, pruebas, lugar de archivo y otros medios de prueba.
- e) La Sala Suprema otorgará un plazo al demandante para completar los requisitos si es que éstos faltasen.

De admitirse la demanda, la Sala solicitará el expediente para su revisión y se fijará fecha para Audiencia de Revisión. Si el demandante, falta a esta, se declarará inadmisibles las demandas. Al concluirse la audiencia, la Sala podrá dictar sentencia y declarará sin valor la sentencia que la originó (Sánchez Velarde, 2009, pág. 430).

1.13. SUJETOS PROCESALES

La doctrina denomina a quienes intervienen en el proceso como sujetos procesales, estos pueden ser principales, juez, fiscal e imputados; y secundarios, como el actor civil, tercero civil responsable y defensor. Se excluye a terceros, como los testigos, peritos, intérpretes, policía judicial y auxiliar de justicia, quienes en este caso vendrían a ser colaboradores del proceso (Sánchez Velarde, 2009, pág. 66).

1.13.1. El Juez Penal

En el nuevo proceso penal, la figura del juez penal adquiere un rol especial, a diferencia del sistema inquisitivo, garantizando un procedimiento investigatorio regular, con una toma de decisiones en función a la protección o limitación de los derechos fundamentales de las personas (Sánchez Velarde, 2009, pág. 67).

1.13.1.1. La intervención del juez en el proceso penal ordinario

El nuevo código procesal penal otorga al juez un papel principal. El juez adquiere diversos roles dentro del proceso, pero no interviene en la investigación preparatoria ni define el objeto del proceso, sino que pasa a ser un órgano exclusivamente jurisdiccional, garantizador de los derechos de las personas involucradas, para

luego decidir si pasar a juicio oral y culminar con el juzgamiento (Sánchez Velarde, 2009, pág. 68).

El juez penal se encarga de dirigir todas las audiencias en la fase de investigación preparatoria y además dirige el juicio y dicta la sentencia. En el proceso penal ordinario interviene:

- a) El juez de investigación preparatoria, que va a ser quien toma las decisiones correspondientes durante dicha fase y en la intermedia.
- b) El juez unipersonal, o el colegiado, que son quienes se encargarán de dirigir el juicio oral.

En caso de que exista apelación, interviene un tribunal superior y en los casos de casación intervendrá la Sala Suprema Penal (Sánchez Velarde, 2009, pág. 69).

1.13.1.2. Etapas del proceso penal y funciones del juez penal

El juez de investigación preparatoria está encargado de 1) dictar medidas cautelares o coercitivas solicitadas por el Fiscal y las partes procesales. También dicta las medidas limitativas de derechos, así como las medidas de protección. 2) Realizar las diligencias solicitadas tanto por el fiscal como por las partes. 3) Autorizar la constitución de las partes procesales. 4) Resolver las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales. 5) Dirigir las diligencias sobre la prueba anticipada y 6) Controlar el cumplimiento de los plazos procesales a pedido de las partes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 69).

En la etapa intermedia, el Juez de Investigación Preparatoria se encarga de 1) dirigir la audiencia preliminar cuando el fiscal emita su acusación y esta sea objeto de cuestionamiento por las partes. En la misma diligencia se pueden deducir los medios de defensa técnicos contra la acción penal, e incluso a decidir el sobreseimiento del proceso. 2) resolver el pedido de sobreseimiento ya sea total o parcial, previa audiencia y con intervención de las partes. 3) dirigir la diligencia de la prueba anticipada, con intervención de las partes y 4) Dictar el Auto de Enjuiciamiento que contendrá la citación a juicio, fecha, hora, sede y los concurrentes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 70).

En la etapa de juzgamiento, al juez unipersonal o colegiado le corresponde 1) la dirección del juzgamiento, 2) la dirección y control del juicio y actividad probatoria, 3) el uso de los medios disciplinarios, 4) resolver las incidencias que se presenten en

el juicio, 5) Emitir la sentencia y 6) la concesión de los medios impugnatorios cuando corresponda (Sánchez Velarde, 2009, pág. 70).

1.13.2. El Ministerio Público

Es un organismo constitucional, encargado de defender la legalidad. Es el encargado de ejercer el monopolio del ejercicio público de la acción penal. Quien está a cargo es el Fiscal y ninguna otra autoridad puede reemplazarlo. Su función es conducir la investigación del delito y asumir el ejercicio público de la acción, la cual se manifiesta cuando el fiscal hace el requerimiento de acusación escrita (Sánchez Velarde, 2009, pág. 71).

1.13.2.1. Principios que orientan su actividad

a) Principio de legalidad.- Refiere a que toda conducta delictiva debe ser objeto de investigación y sanción penal. Este principio va a regir durante todo el proceso penal y es el Ministerio Público quien dirige la investigación hasta que se proponga el sobreseimiento o cuando se dicta sentencia condenatoria o absolutoria (Sánchez Velarde, 2009, pág. 72).

b) Principio de objetividad.- Refiere a que el Fiscal debe actuar con objetividad, certeza y verificación, a partir de los cuales se puedan elaborar hipótesis de trabajo. Debe tenerse en cuenta que si no existen elementos de prueba necesarios para sustentar una acusación, lo mejor es optar por el archivamiento o por la ampliación de la investigación preparatoria (Sánchez Velarde, 2009, pág. 73).

c) Principio de independencia e imparcialidad.- Este principio exige que el Fiscal actúe como un órgano neutral, exigiendo al fiscal que no se incline a favor de ninguna de las partes (Sánchez Velarde, 2009, pág. 74).

d) Principio de unidad.- Lo que se pretende con este principio es la uniformidad en la forma de actuación fiscal, actuando como un todo ante la sociedad y la judicatura (Sánchez Velarde, 2009, pág. 75).

e) Principio de Jerarquía.- Este principio refiere a las distintas formas de control e instrucciones que existen entre ellos en atención al ejercicio funcional, de tal forma que los fiscales superiores y supremos pueden impartir instrucciones a los fiscales de rango inferior (Sánchez Velarde, 2009, pág. 75).

1.13.3. El Imputado y su Defensa

El imputado es la persona en la cual recae la responsabilidad de un delito. También se le puede llamar “procesado” y quien debe ser identificado desde el inicio de la investigación preliminar, así como sus datos personales, huellas dactilares (Sánchez Velarde, 2009, pág. 76).

1.13.3.1. Derecho de defensa

Es la que goza el imputado desde que es sometido a investigación hasta la culminación del proceso, nadie puede privarle de este derecho y se le tiene que informar de inmediato y por escrito la causa de su detención. Además, tiene derecho a comunicarse con un abogado defensor de su elección o en todo caso, por un abogado de oficio. También tiene derecho a no declararse culpable, a que se le informe el estado del proceso, a conocer la acusación fiscal y a impugnar la sentencia. Es necesario señalar que la nueva legislación procesal obliga a los jueces, policía y fiscal, que hagan conocer al imputado cuáles son sus derechos que la ley le reconoce de manera inmediata (Sánchez Velarde, 2009, pág. 77).

Los derechos que tiene un imputado, son: 1) Conocer los cargos formulados en su contra, que son motivo de su detención; 2) Derecho a designar a la persona o institución a quien se le debe comunicar inmediatamente su detención; 3) Derecho a ser asistido por su abogado elegido; 4) Derecho a no declarar, exigiendo la presencia de su defensa para hacerlo; 5) Derecho a que sobre él no se empleen medios contrarios a su dignidad ni ser sometido a métodos contrarios que sometan su voluntad; 6) Derecho a ser asistido por profesional de la salud cuando sea necesario (Sánchez Velarde, 2009, pág. 78).

1.13.3.2. El abogado defensor

También goza de algunos derechos, que son 1) Interrogar directamente al defendido, testigos y peritos; 2) Ser asistido por un perito particular cuando se requiera; 3) A participar en las diligencias; 4) Aportar medios de investigación y pruebas pertinentes; 5) A presentar escritos o pedidos orales en temas de mero trámite; 6) A acceder al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, así como la obtención de copias simples de los actuados en cualquier etapa procesal; 7) A ingresar a los establecimientos penitenciarios o dependencias policiales para poder entrevistarse con el defendido; 8) A expresarse con libertad, respetando los derechos de las demás personas; 9) A interponer excepciones o recursos de ley (Sánchez Velarde, 2009, pág. 79).

1.14. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1.14.1. Orígenes a la prohibición

A lo largo de la historia, distintas civilizaciones han consumido drogas, por ello, se puede afirmar que el consumo de drogas no es exclusivamente de nuestra época (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 9).

El uso de drogas en la historia ha tenido diferentes causas, una de ellas son las causas religiosas, para conocer y adorar a las divinidades y la comunicación con el más allá. Otra causa es la referente a la salud, para tratar, curar o calmar los dolores o la fatiga. Una tercera causa es el afán del éxito, para potenciar valor, coraje, fecundidad, virilidad. La cuarta causa es lo referente a lo mágico, como forma de adentrarse a lo desconocido o lo oculto. La quinta causa, para ejercer poder y dominio, como una capacidad para lograr la sumisión y por último, utilizada para gozar la vida de placer, sexo (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 9).

1.14.2. Concepto

Se puede definir al tráfico ilícito de drogas como aquella actividad ilícita que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación, comercialización o tráfico (Ruda & Novak, 2009, pág. 14).

1.14.3. Bien jurídico

El bien jurídico que se protege es la salud pública, es decir, el bienestar físico y psíquico de la sociedad, ya sea dentro o fuera del territorio (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 28).

El bien jurídico que se protege es la salud pública, que viene a entenderse como la salud de los individuos que componen la sociedad (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 71).

1.14.4. Tipicidad objetiva

El objeto material viene a ser la droga tóxica, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 73).

Sujeto Activo. - Por ser un tipo común, cualquier persona puede incurrir en el delito (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 28).

El autor Frisancho Aparicio nos menciona que, por tratarse de un delito común, no se exige que el agente reúna cualidades personales distintas a las que derivan de su condición de persona (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 82).

Sujeto Pasivo. - La sociedad (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 28).

Viene a ser la colectividad de individuos, es decir, la sociedad en su conjunto (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 82).

Comportamiento. - La Organización Mundial de la Salud, define a la droga como aquella sustancia natural o sintética, que al ser ingerida, afecta al sistema nervioso y modifica la conducta del ser humano, pudiendo crear dependencia (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 28).

1.14.5. Tipicidad subjetiva

Se trata de un delito doloso, es decir, que existe conciencia y voluntad de realizar esta acción ilícita, pero que además se exige la intención de la posesión con fines de comercialización (Bramont Arias Torres, 1997, pág. 526).

El conocimiento y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el tráfico y consumo de los destinatarios, de tal manera que cuando es para consumo propio, entonces falta el dolo. También se exige que la motivación sea con fines lucrativos (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 87).

1.14.6. Clasificación de la droga

1.14.6.1. Por su origen

Drogas Naturales. Aquellas que son recogidas directamente de la naturaleza.

Drogas Semi-sintéticas. Son drogas naturales obtenidas por síntesis parciales.

Drogas Sintéticas. Aquellas que, mediante la combinación de sustancias producen una droga. (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 29).

1.14.6.2. Por su forma de uso

Drogas Sociales. - Aquellas que tienen que ver con la costumbre de la población y son aceptadas por un determinado entorno social.

Drogas Folklóricas. - Son aquellas cuyo uso es parte de nuestra cultura.

Drogas Terapéuticas. - Aquellas sustancias de uso medicinal y recomendadas por los médicos.

Drogas de Abuso. - Aquellas que no están permitidas para su uso.

Drogas Industriales. - Aquellas sustancias volátiles que se consumen mediante inhalación, y que fueron creadas para fines industriales (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 29).

1.14.6.3. Por su valoración legal

Drogas Legales. - Aquellas que tienen el reconocimiento legal, social y médico.

Drogas Ilegales. - Aquellas que la ley prohíbe y sanciona.

El tipo también reconoce a las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas.

Drogas Tóxicas. - Las que causan daño a la salud.

Estupefacientes. - Sustancias que provocan adormecimiento y modificación de la conciencia.

Psicotrópicas. - Aquellas que producen un estado de dependencia, estimulación o depresión y que causan alucinaciones, trastornos y modificaciones en el comportamiento o estado anímico (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 29).

1.14.7. Comportamiento y actos

Aquí, el comportamiento de quien incurre en este delito consiste en la fabricación y tráfico, que logran promover, es decir, impulsar para procurar un logro; favorecer, es decir, apoyar o ayudar; y facilitar, es decir, hacer posible la ejecución de este delito. (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 30).

Se refiere a la fabricación, promoción o posesión de drogas, con fines de realizar o facilitar el tráfico ilícito, siendo que tenga como consecuencia el poner en peligro concreto al bien jurídico (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 82).

Actos de fabricación. - Se entiende por la producción, es decir, la preparación elaboración y el procesamiento de estas sustancias (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 31).

Esto implica producir objetos en serie a través de medios mecánicos y tecnificados, lo que permite la producción de una sustancia de mejor calidad y mayor pureza (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 83).

Actos de tráfico. - Se refiere al acto de comercializar para la obtención de un lucro (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 31).

Se refiere a la negociación, comercialización, transferencia o traslado (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 84).

En el caso del Segundo Párrafo del artículo 296° del Código Penal, prescribe la POSESIÓN y refiere que ésta solo es sancionada cuando tiene por finalidad la comercialización, más no cuando está destinada para consumo humano. En el caso del Tercer Párrafo del mismo artículo, se refiere a proveer (impulsar), acopiar (reunir en cantidad) y comercializar (poner en venta). Mientras el *Cuarto Párrafo*, se refiere a la unión de dos o más personas para concurrir a favorecer el tráfico ilícito de drogas. (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 32).

1.14.8. Agravante

Cuando el agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanzas; en este caso, se sanciona la utilización de su condición de educador para inducir al consumo, en este caso, se agrava la responsabilidad por el hecho de la relación profesor-alumno, teniendo implicancias sociales.

Esta forma agravada, se basa en que los alumnos aun no alcanzan una edad que les permita la comprensión de las consecuencias del consumo de drogas. También puede darse este delito de manera omisiva, es decir, cuando el profesor permite la venta de drogas en el aula de clases (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 122).

1.15. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL

Mientras que, con la pena, quien haya incurrido en delito responde frente al Estado y la sociedad, lo que se pretende con la responsabilidad civil es que se repare el daño causado sobre una víctima o sobre los perjudicados. La reparación civil no es una sanción penal, ya que ésta tiene sustento en un interés particular (Peña Cabrera Freyre A. R., 2015, pág. 652).

Según el Código Penal esta figura jurídica se encuentra regulada en el artículo 93°, la misma que nos da entender que la reparación civil comprende: la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios.

La restitución, se puede definir como la restauración material del estado anterior a la violación del derecho. También tienen por objeto las cosas muebles robadas o apoderadas, y las cosas inmuebles a cuya posesión se haya llegado mediante una usurpación. Ahora si la restitución es imposible, el damnificado puede exigir una reparación, es decir el pago del valor del bien (Franco Apaza, 2008, pág. 1).

La indemnización de los daños y perjuicios., en materia civil, debe de entenderse como el daño o perjuicio sufridos y las ganancias que se han dejado de obtener, es decir el daño emergente que consiste en la pérdida o disminución de las cosas y derechos. Pero definición distinta es la de la reparación civil, la cual deberá ser entendida como la suma de dinero que permitirá que la persona dañada pueda restaurar las cosa al estado anterior a la vulneración (Franco Apaza, 2008, pág. 1).

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE LOS MOMENTOS ESTELARES DEL PROCESO

CUADRO N° 01: FICHA DE PRESENTACIÓN DEL PROCESO PENAL	
Expediente N°	0013-2011-19-0601-JR-PE-01
Juzgado	Juzgado Penal Colegiado
Imputado	Elmer Américo Arribasplata Vargas
Agraviado	Estado
Delito	Tráfico Ilícito de Drogas
Fiscalía	Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca
Carpeta Fiscal	13-2011
Fiscal Responsable	Ramiro Salvador Díaz del Castillo
Audiencia de Control de Acusación	1° Juzgado de Investigación Preparatoria
Juicio Oral	Juzgado Penal Colegiado de Cajamarca
Sentencia de segunda instancia (Resolución N° 15)	09 de Marzo de 2012
Casación N° 126-2012	13 de junio del 2013

2.1. REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN

El fiscal Ramiro Salvador Díaz del Castillo, a cargo de la investigación formula Requerimiento de Acusación, según lo establecido en el artículo 349° del Nuevo Código Procesal Penal, en contra de Elmer Américo Arribasplata Vargas por el delito contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de Posesión de Drogas Tóxicas para su Tráfico Ilícito, cometido contra el Estado.

2.1.1. Hechos que se atribuye al imputado

El día 24 de diciembre del año 2010 a las 7:45 pm, la policía de la DIVANDRO tuvo conocimiento de que en el inmueble Jr. Amazonas N° 480 de la ciudad de Cajamarca, donde funciona una tienda comercial denominada “Productos Lácteos Agua Blanca”, se venían realizando actos de Tráfico Ilícito de Drogas, siendo ello así con la participación de la fiscalía se procedió a ingresar al local e intervenir a Elmer Américo Arribasplata Vargas, quien se encontraba vendiendo productos lácteos y negaba tener la posesión de una mochila con contenido de droga; sin embargo ante la información de su menor hijo el investigado autorizó el registro del inmueble,

encontrándose en el ambiente contiguo de la tienda un maletín rojo de marca ADIDAS asegurado con candado el cual al abrirse se encontró una bolsa plástica con un papel bond el que decía “Elmer te estoy enviando la mercancía recógelo.- Elmer ojala puedas resecar porque esta media fresca – depositame 5 Kg de 400 Gr y para la 15 hay más – hablamos ”; debajo de la bolsa se encontró 2 cajas de cartón de galleta SODA DÍA envueltas con cinta adhesiva, las misma que al ser aperturado se encontró 3 bolsas con un peso aproximado de 2.850 kg, mientras que en la otra caja se encontró una masa con un peso de 1.760 Kg, siendo ambas un total de 4.618 Kg; que al ser sometidos a la Prueba de Orientación y Descarte de Droga, arrojaron positivo para alcaloide de cocaína.

Nos encontramos ante un caso evidente de Tráfico Ilícito de Drogas, donde el imputado en un primer momento niega la existencia de un maletín con contenido de droga, pero ante la manifestación de su menor hijo que se encontraba en el momento de la intervención policial, delata que en inmueble del imputado existía dicho maletín, encontrándosele un total 4.618 Kg de Pasta Básica de Cocaína con una nota dirigida hacia él donde se le indicaba con nombre propio que recoja lo enviado y se le daba algunas recomendaciones, haciéndole saber que habría más para cierta fecha.

2.1.2. Elementos de convicción que fundamentan el requerimiento

- a) Acta de intervención N° 10-2010, en la que se detalla la intervención del investigado Elmer Américo Arribasplata Vargas.
- b) Acta de registro personal, en la que se encontró un celular marca HUAWEI – Movistar.
- c) Acta de registro de domicilio, constatación de equipaje, prueba de campo y comiso de droga.
- d) Análisis Químico de Droga N° 11419-10, la cual arroja positivo para pasta básica de cocaína.
- e) Hoja de papel bond, con el mensaje dirigido a Elmer.
- f) Acta de declaración y ampliación de Elmer Américo Arribasplata Vargas, en donde se detalla el maletín rojo con contenido de droga.
- g) 15 vistas fotográficas de la intervención de la droga.

- h) Hoja de datos de la UGEL – Cajamarca en donde se detalla que el investigado es docente nombrado de la Institución Educativa N° 82928 – Tantachual Alto – San Miguel.
- i) Declaración de Lidia Ruiz Coba, quien estuvo en la intervención del investigado.
- j) Acta referencial del testigo Arnold Catorce Ríos, quien es el vendedor de productos lácteos del local intervenido
- k) Declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Guzmán Peralta Vergara y César Alberto Hernández Cisneros, que apoyaron en la intervención.
- l) Dictamen Pericial Toxicológico N° 008/11 de muestras de orina, suero y sangre realizado a Elmer Américo Arribasplata Vargas, en el cual arrojo positivo para cocaína.
- o) Dictamen Pericial de Química Droga N° 11419/10, el concluye que la droga incautada tiene un peso de 4.610 Kg.
- p) Declaración Testimonial de Requelme Arribasplata Vargas, hermano del acusado quien detalla la relación que existe entre él y su familia.

De los elementos descritos, es importante precisar lo siguiente:

Respecto al punto a) es necesaria la consignación del acta de intervención registrada por la policía, como un medio de prueba anticipada; en cuanto al punto b) se debería indicar el contenido de mensajes y las llamadas realizadas, así como los contactos que tenía, ello con la finalidad de establecer si tenía lazos con alguna banda criminalizada; en cuanto al punto c) muy necesario indicar el acta de registro de domicilio, la constatación de equipaje, prueba de campo y comiso de droga; en el punto d) prueba imprescindible es el análisis químico de droga N° 11419-10, la cual arroja el resultado positivo de droga; en el punto e) la hoja de papel bond, con un mensaje dirigido a Elmer, lo cual prueba que la droga tenía como destino su persona y además concretan continuar con el tráfico ilícito; en el punto f) el acta de declaración y ampliación de Elmer Américo Arribasplata Vargas, en donde se detalla el maletín rojo conteniendo droga, es el primer testimonio y defensa del imputado; en el punto g) las 15 vistas fotográficas de la intervención de la droga, que prueban la objetividad de los hechos; en el punto h) las hoja de datos de la UGEL – Cajamarca en donde se detalla que el investigado es docente nombrado de la Institución

Educativa N° 82928 – Tantachual Alto – San Miguel, lo cual me parece irrelevante, dado que no aprovechaba su condición de educador para la realización del ilícito; en el punto i) Declaración de la esposa de Elmer, la señora Lidia Ruiz Coba, quien fue testigo en la intervención del investigado, en el punto j) acta referencial del testigo Arnold Natorse Ríos, quien es el vendedor de productos lácteos del local intervenido, que brinda su declaración de testigo; en el punto k) Declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Guzmán Peralta Vergara y César Alberto Hernández Cisneros, que apoyaron en la intervención; en el punto l) Dictamen Pericial Toxicológico N° 008/11 de muestras de orina, suero y sangre realizado a Elmer Américo Arribasplata Vargas, en el cual arrojó positivo para cocaína, lo cual también nos deja saber que el mismo intervenido hacía consumo de lo incautado; en el punto o) Dictamen Pericial de Química Droga N° 11419/10, sobre el peso de la droga 4.610 Kg, lo cual excede permitido por Ley y finalmente en el punto p) la declaración testimonial de Requelme Arribasplata Vargas, hermano del acusado quien detalla la relación familiar.

2.1.3. Tipificación y cuantía de la pena

El tipo penal del delito es Contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de Posesión de Drogas Tóxicas para su Tráfico Ilícito, previsto en el segundo párrafo del artículo 296° del Código Penal, que señala: *“El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa”*; además concurre la agravante del inciso 2) del artículo 297° que señala *“La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando: 2) El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza”*.

En el caso de la TIPICIDAD OBJETIVA, tenemos que el acusado Elmer Américo Arribasplata Vargas, viene hacer *sujeto activo* del delito; como *sujeto pasivo* tenemos al Estado representando por el Ministerio del Interior relativo al Tráfico Ilícito de Drogas, el *comportamiento* se materializo al encontrarse droga dentro de una mochila al interior de su domicilio; y por último el *bien jurídico protegido* es la seguridad pública. Respecto a la TIPICIDAD SUBJETIVA, se trata de un delito de *comisión dolosa*, no cabe comportamiento imprudente; siendo a título de *dolo directo*, por cuanto existía pleno conocimiento de la droga en la mochila y el manuscrito dirigido a Elmer Américo Arribasplata Vargas.

En cuanto a la Cuantía de la Pena, por ser de: a) Naturaleza de la acción: dolosa; b) Medios empleados: utilizar la fachada de su negocio; c) Importancia de los deberes infringidos: bien jurídico la salud pública; d) Extensión del daño: la sociedad; e) Circunstancia de tiempo, lugar, modo y ocasión: inmueble dedicado a la actividad comercias de productos lácteos; f) Móviles y fines: un fin egoísta g) Edad, educación y situación económica: docente nombrado, 34 años, remuneración de 1,200.00 soles y además es comerciante de productos lácteos; h) Reparación espontanea: no habido; i) Confesión sincera: no ha existido. Por todo esto el Ministerio Público solicita que se imponga veinte años de pena privativa de libertad efectiva; y doscientos cincuenta días-multa, lo cual asciende a una suma de S/. 2,500.00 soles; e inhabilitación de la profesión de docente por el mismo periodo de la pena principal.

Aquí podemos señalar que, si bien es cierto se configura la tipicidad objetiva y subjetiva, mostramos total desacuerdo de la agravante y la cuantía de la pena; más aún si como medio empleado nos refiere a la utilización de su negocio como fachada para cometer el acto ilícito, entonces queda descartado la agravante que tipifica el art. 297º inciso 2 del Código Penal con respecto a la profesión de educador, la cual está sujeto a interpretación, ya que no se vale de su profesión para la comisión del delito, sino que, como refieren los mismos medios probatorios, utiliza a su negocio para tal fin, es decir, se da una figura totalmente distinta a la que consigna el art. 297º inc. 2, por lo tanto, no corresponde calificarlo como delito agravado ni menos su inhabilitación de profesión de docente.,

2.1.4. Monto de la reparación civil

De acuerdo al artículo 93 del Código Penal, la reparación civil comprende la restitución del bien obtenido por el delito o, en defecto de aquella, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios causados al ofendido; criterios que deben de guardar relación con el daño causado al agraviado; además de ello se deberá tener en cuenta la cantidad de droga comisada y el impacto social. Por lo que al encontrarse con 4.610 Kg de Pasta Básica de Cocaína y el daño a la sociedad y el Estado, se ha valorado la suma de VEINTE MIL SOLES, por concepto de monto de reparación civil.

En cuanto a la reparación civil, vale agregar que esta no es una sanción que acompaña a la responsabilidad penal, sino más bien un mecanismo que busca reparar el daño o efecto del ilícito penal. En este caso, la repercusión de un delito frente a la sociedad.

2.2. AUDIENCIA PÚBLICA DE CONTROL DE ACUSACIÓN.

El día 17 de agosto del 2011, en la Sala de Audiencias del Establecimiento Penitenciario de Cajamarca, se realiza la audiencia pública de control de sobreseimiento y acusación en contra de Elmer Américo Arribasplata Vargas, por la presunta comisión del delito contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de Posesión de Drogas Tóxicas para su Tráfico Ilícito en agravio del Estado.

El FISCAL de la investigación antes de sustentar el requerimiento de acusación hace llegar al juzgado un escrito ofreciendo como medio de prueba el oficio 3352-2011 emitido por la UGEL – Cajamarca, la cual indica que el investigado es profesor de aula nombrado en Tantachual Alto, San Silvestre de Cochán – San Miguel, con la finalidad de acreditar su condición del acusado al momento de ocurrir los hechos; en ese mismo acta el fiscal narra cómo sucedieron hechos, el lugar donde se encontraba el investigado; así como en qué forma estaba los 4.618 Kg de Pasta Básica de Cocaína; asimismo señala y menciona los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento de acusación, como también presenta las testimoniales de los testigos.

Acto seguido el JUEZ concede el uso de la palabra al abogado del acusado Elmer Américo Arribasplata Vargas, para que proceda a sustentar las observaciones que hubiera formulado al requerimiento acusatorio.

El ABOGADO DEFENSOR, solicita el sobreseimiento del delito tipificado en el artículo 297 inciso 2 del Código Penal, debido a que el Fiscal considera que se trata de un delito especial por ser el acusado profesor de educación; sin embargo para la teoría del caso de defensa el acusado fue detenido en su establecimiento comercial dedicado a la venta de lácteos, por lo que no se valió de su condición de educador para cometer el hecho delictivo; vulnerándose el principio de legalidad, por lo que se le debe otorgar el sobreseimiento de la acusación.

El JUEZ menciona que el artículo 344 inciso 2 literal a) del Nuevo Código Procesal Penal regula que el sobreseimiento se concede cuando el hecho objeto de la causa no se realizó; por lo que le consulta al abogado defensor si solo cuestiona la agravante de la pena, y finalmente la defensa del acusado indica que solo la agravante es la cuestionada.

Acto seguido el juez plasma la Resolución N° 06, la cual establece que de los fundamentos vertidos por la defensa esta se basa en el rol del sujeto agente, es decir desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, atendiendo que el defendido fue intervenido dentro de su establecimiento comercial de venta de producto lácteos y no dentro de un

centro educativo desempeñando la labor de docente; por lo que la defensa establece que existe una inadecuada tipificación por parte del Ministerio Público al haber considerado una agravante del artículo 297 inciso 2 del Código Penal, y en virtud al principio de legalidad la defensa requiere una mejor calificación, y se declare fundada el sobreseimiento. Por su parte el Ministerio Público manifiesta que la agravante no hace referencia, que el agente tenga al momento de los hechos el ejercicio pleno de la función docente, basta que el agente sea un educador. Para el juzgador no hay sobreseimiento de la investigación, puesto que el artículo 344 inciso 2 literal a) del Nuevo Código Procesal Penal regula que procede el sobreseimiento cuando el hecho objeto de la causa no se realizó, por lo que la conducta del investigado si se ha realizado, debido a que de la carpeta fiscal se aprecia el maletín conteniendo un mensaje para Elmer Américo Arribasplata Vargas con un contenido de 4.618 Kg de Pasta Básica de Cocaína. En tal sentido la conducta típica si se ha realizado, por lo que el sobreseimiento no procede.

Se continúa con la Audiencia Pública de Control de Acusación, declarando la VALIDEZ FORMAL DE LA ACUSACIÓN formulada por la fiscalía, admitiendo como únicos medios de prueba por parte del Ministerio Público las *testimoniales*: a) efectivo policial Guzmán Peralta Guevara; b) efectivo policial Cesar Alberto Hernández Cisneros; c) Requelme Arribasplata Vargas, hermano del acusado; d) Ex Fiscal Adjunta Provincial Penal Mónica Soraya Bazán; *examen pericial*: a) Perito Químico Forense SOT1 Miriam Victoria Cotrina Changanquí; b) Perito Químico Forense capitán Victoria Maribel Gonzáles Dávila; c) Perito Químico Forense SOT1 Ángel Misael Castañeda Uribe; *documentales*: a) Acta de intervención N° 10-2010, en la que se detalla la intervención del investigado Elmer Américo Arribasplata Vargas; b) Acta de registro domiciliario, constatación de equipaje, apertura de equipaje, prueba de campo y comiso de droga, pesaje y lacrado de droga; c) 15 vistas fotográficas; d) Resultado preliminar del análisis químico de droga N° 11419-10; e) Dictamen pericial de química de drogas N° 11419/10 realizado por el Departamento de Química y Toxicología Forense de la PNP – DIRCRI-LIMA; f) Dictamen Pericial Toxicológico N° 008/11, realizado a las muestras de orina, suero y sangre tomadas al investigado; g) Hoja bond A4 en una bolsa de plástico color negro al interior de la mochila color rojo con negro, para determinar el nombre del investigado; h) Certificado Médico Legal N° 006086-L-D, practicado al investigado detallando que no presenta lesiones traumáticas externas recientes; i) Hoja de datos del usuario emitido por la UGEL – Cajamarca; j) Acta de ampliación de declaración del investigado Elmer Américo Arribasplata Vargas; k) Acta de declaración de Requelme Arribasplata Vargas, hermano del acusado; l) Actas de declaración testimonial de los efectivos policiales Guzmán Peralta Guevara y Cesar Alberto Hernández Cisneros; lI) Oficio 3352-2011 emitido por la Dirección Regional de Educación. De la misma manera se admiten como únicos medios probatorios de la defensa del acusado las *pruebas documentales*: Acta de intervención N° 10-2010 sobre visualización de registro de llamadas entrantes y salientes

y de mensajes de texto de celular Huawei del investigado; b) Acta de registro domiciliario, constatación de equipaje, apertura de equipaje, prueba de campo y comiso de droga, pesaje y lacrado de droga; c) Hoja bond A4 en una bolsa de plástico color negro al interior de la mochila color rojo con negro; d) Acta de declaración y ampliación de declaración del investigado; e) Acta referencial del testigo Arnold Natorce Ríos; f) Boleta de venta N° 001717; g) Informes a solicitar de las instituciones bancarias Banco de la Nación, Banco de Crédito del Perú y Caja Nuestra Gente, sobre las cuentas que registra el investigado; h) Informes de Registro Públicos acerca de las propiedades que registra el investigado; i) Los informes de las oficinas de transporte el Cumbe y Línea que informan sobre el envío y recepción de encomiendas del investigado; *prueba testimonial*: a) declaración testimonial de Arnold Natorce Ríos; b) de los testigos policiales Guzmán Peralta Guevara; c) Cesar Alberto Hernández Cisneros; d) Lidia Ruiz Coba; e) Requelme Arribasplata Vargas; f) Carlos Mejía Burga; g) Benjamín Bringas Chávarry; y el *careo*: entre el investigado y los efectivos policiales. Finalmente se procede a dictar AUTO DE ENJUICIAMIENTO en contra de Elmer Américo Arribasplata Vargas; y proseguir con la siguiente etapa del proceso penal; es decir el Juicio Oral, el mismo que estará a cargo del Juzgado Penal Colegiado de Cajamarca.

El fiscal, además de otros documentos, también exhibe documentos con el cual acredita la condición de educador del acusado, medio probatorio que considero fuera de lugar, ya que, como referí, el autor del delito no se vale de su condición de docente, es decir, durante el momento de la intervención no se encontraba en centro educativo, ni ejerciendo la docencia, por lo que en la carpeta fiscal no se advierte documento o prueba que acredite que en su condición de docente, haya vendido drogas.

Con respecto a la solicitud de sobreseimiento, nos aunamos a la decisión del Juez, ya que el delito sí se ha cometido y por lo tanto no procede el sobreseimiento, ya que existen los suficientes medios probatorios que incriminan al acusado. Hasta aquí se declara saneado el proceso rechazándose el pedido de sobreseimiento, se dicta auto de enjuiciamiento para continuar con la siguiente etapa a cargo del Juzgado Colegiado.

2.3. AUDIENCIA PÚBLICA DE JUICIO ORAL

La Audiencia Pública de Juicio Oral se llevó a cabo el día 21 de octubre de 2011, la cual inicia con los alegatos del representante del Ministerio Público, formula acusación contra Elmer Américo Arribasplata Vargas por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas contra el Estado, delito tipificado en el artículo 196 del Código Penal, y su agravante contenida en el inciso 2) del artículo 297 del Código Penal, al habersele encontrado al acusado en su negocio de lácteos la cantidad de 4.618 Kg de Pasta Básica de Cocaína, con un mensaje en papel bond A4 “Elmer te estoy enviando la mercancía recógelo.- Elmer ojala puedas resecar porque esta media fresca – depositame 5 Kg de 400 Gr y para la 15 hay más – hablamos ”; por lo

cual solicita que se le imponga veinte años de pena privativa de libertad efectiva; y doscientos cincuenta días-multa, lo cual asciende a una suma de S/. 2,500.00 soles; e inhabilitación de la profesión de docente.

En cuanto a los alegatos del abogado defensor, señala que la droga encontrada en el establecimiento de su patrocinado habría sido dejada profesamente por terceras personas con la intención de causarle daño, y esto es porque dicha droga encontrada no le pertenece a su patrocinado. Adicionalmente a ello señala que el medio probatorio denominado *informe policial N° 01-2011-DITERPOL-DIVANDRO*, que fue rechazado en la etapa de control de acusación por parte del Juez de Investigación Preparatoria sea incorporado por su utilidad y pertinencia, pues este medio de prueba apoya la teoría del caso a defender; razón por la cual es necesario establecer los momentos previos y motivos que generaron la intervención del acusado.

El Ministerio Público se opone a que se admita el *informe policial N° 01-2011-DITERPOL-DIVANDRO*; toda vez que se debe tener en cuenta el artículo 156 del Código Procesal Penal, establece que “son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación”, y para el caso analizado, este informe es un breve relato de las actuaciones que se han producido como consecuencia de la intervención policial; precisando que lo que va ser objeto de contradicción son los elementos o medios de prueba que se relata en dicho informe, por ejemplo: el acta de registro domiciliario, acta de intervención, el examen de los testigos, etc., por lo que el informe no es un medio probatorio útil.

El *Director de Debate*, mediante la resolución N° 01 de fecha 21 de octubre del 2011, considera la admisión del informe *policial N° 01-2011-DITERPOL-DIVANDRO*, como medio probatorio de la defensa por ser parte de su teoría del caso.

El acusado Elmer Américo Arrisplata Vargas, responde que vivía en su tienda comercial del Jirón Amazonas N° 480, señala que habría su tienda sólo sábados y domingos y el resto de la semana se encontraba en su trabajo, refiere tener dos hijos Maicol y Adriano, que vive con su esposa Lidia Coba; asimismo menciona que el día que ocurrieron los hechos dos personas vestidas de civiles preguntaron si él era Elmer siendo que él respondió que sí, luego estas dos personas querían hablar con el detrás de las vitrinas, y él contestó que le digan ahí nomás, estas personas dijeron que era algo secreto, luego dijeron que eran policías, posteriormente preguntaron por la mochila roja y que el policía Peralta era el que más insistía mencionando que tenía fotos y filmaciones que habían tomado en la agencia, a lo que respondió el acusado que no había traído nada porque no había salido ese día, refiere también que el policía Hernández sacó su revolver delante de su hijo y que lo amenazó para que entregue la mochila roja, en ese instante su hijo Maicol dijo que adentro

había una mochila de viaje, a lo que el acusado refirió que ese maletín era de un cliente que le había encargado (no haciéndose averiguaciones sobre la identidad de ese cliente), señalando que los policías conocían sobre el contenido de la mochila, y esta mochila se encontraba con candado y que los policías dijeron esta es; conteniendo droga; posteriormente lo esposaron, y luego la fiscalía llevo media hora después, por lo que los policías ya habían jalado la mochila al piso, refiriendo que al abrir la mochila encontraron una nota que decía: “Elmer te estoy enviando la mercancía recógelo.- Elmer ojala puedas resecar porque esta media fresca – depositame 5 Kg de 400 Gr y para la 15 hay más – hablamos”; señala que antes que hicieran las muestras el rogaba que saquen las huellas dactilares para saber quién fue la persona que vino hacerle el daño; posteriormente fue trasladado a la comisaría y antes de ingresar al penal el ejercía su carrera de profesor.

El fiscal procede a contra- examinar al acusado Elmer Américo Arrisplata Vargas, el mismo que responde que el día 23 de diciembre del 2010 a las 4 de la tarde ingreso a su local un señor solicitando una serie de productos tal como se demuestra con la boleta, llegando los productos a un monto de 900 soles y este señor le dijo “sabes que hermano te voy a dejar 100 soles a cuenta y mañana vengo a recogerlo” que él le dijo “ya, que no hay ningún problema”, a lo que el señor le respondió “sabes que hermano, otro servicio te encargo una mochilita y mañana yo vengo a recogerlo a las 10 de la mañana, pero me tienes listo mis cajas de embalaje me embalas todo” a lo que él respondió “ no hay ningún problema” recibéndole la mochila, asimismo señala que inicialmente quien atendió a esta persona fue Arnold Natorse Rios; adicionalmente señala que el señor que dejo la mochila mide 1.50 cm medio gordito y medio moreno señalando que el policía Guzmán Peralta Bergara se parece a este señor. Precisa también que ha tenido problemas con su familia y sospecha de su hermano Requelme Arrisplata Vargas; menciona que cuando recibe la mochila lo coloca por los servicios higiénicos y que al día siguiente lo guardo al interior del local; de igual modo señala que su hermano tiene un establecimiento local al frente de él y que al momento de su intervención no acudió a su ayuda por otro lado Arnol Natorse Rios trabajo un mes para él por lo que sospecha que la mochila fue dejado por un familiar, sospechando de su propio hermano en complicidad con la policía.

El Colegiado pregunta a nombre de quien expedido la boleta por la suma de 900 soles. El acusado responde que como se trataba de navidad y tenía que atender rápido y no consigno ningún nombre.

El Ministerio Público continúa con la actividad probatoria y realiza la declaración del testigo Guzmán Peralta Bergara, el cual manifiesta que el día 24 de diciembre del 2010 recibió una llamada de su colega sub-oficial Cesar Hernández Cisneros a las 7 y 10 pm quien le indico que había recibido una llamada telefónica en donde le decían que en el inmueble Amazonas

N° 480 existía una mochila conteniendo droga por lo que planifico una entrevista con su colega para analizar la información, luego comunicó al Ministerio Público; acerca de la llamada telefónica de una persona de sexo masculino. Ambos policías acudieron al local en el cual estaba el señor Elmer, su esposa, una señorita que le ayudaba y la gente que compraba, siendo que se identificaron como policías, indicando que le preguntaron al acusado si en el lugar había una mochila y este le respondió que no había ninguna mochila, por lo que la policía le dijo al acusado que si no coopera iba a llamar al Ministerio Público para que allanen el local; refiere el policía que en esos momentos se interrumpe la conversación porque su menor hijo del acusado menciona hay una mochila adentro por lo que el acusado acepta que había una mochila en el otro ambiente y que le había encargado un cliente, procediendo a la espera del Ministerio Público para abrir el contenido de la mochila en la cual se encontraba la droga.

El Director de Debates consulta al Ministerio Público de como este quiere continuar con la actividad probatoria, y el Fiscal responde que con el examen del Perito Químico Miriam Victoria Cotrina Changan, la misma que señala como se obtuvo el resultado preliminar del análisis químico de drogas con las muestras tomadas y los métodos utilizados, así como también el peso de la droga. Seguidamente la fiscalía continua con el interrogatorio del testigo Requelme Arribasplata Vargas, quien menciona tener buenas relaciones con su hermano y su esposa Lidia Coba; asimismo menciona no conocer al policía César Hernández Cisneros, y no entiende porque su hermano trata de inculparlo.

Se continua la audiencia con fecha 26 de octubre de 2011, en donde el abogado defensor ofrece la declaración de Arnold Natorse Ríos, el cual manifiesta que a Elmer lo conoce como 8 años desde que era un niño, manifiesta que en el mes de diciembre del 2010 estuvo trabajando en su local ayudando a vender roscas y manjar blanco; asimismo refiere que el día 23 de diciembre llegó un señor a la tienda aproximadamente a las 5 pm con una mochila en el hombro, y pedía bastantes cosas y como él era nuevo pidió ayuda al señor Elmer el cual lo entendió haciéndole su pedido y boleta luego el señor que entro dijo “te encargo mi mochila y mañana lo recojo”; al día siguiente el señor Elmer embalo todo el pedido, y le dijo a Arnold Natorse Ríos que el señor del pedido iba a venir a recoger su mochila a las 10 de la mañana, refiriendo que nunca llego el señor del pedido; posteriormente informa que el día 24 de diciembre ingresaron dos personas al local y se fueron en contra del señor Elmer reclamándole cosas en la tras tienda y que no sabe más porque el atendía a las demás personas; a cerca del señor Requelme Arribasplata Vargas menciona que solo sabe que es hermano del señor Elmer y que tiene una tienda al frente de él y que no se saludan mucho.

El *abogado defensor*, llama a que declare la testigo Lidia Ruiz Coba, la misma que menciona que tiene una tienda que vende productos lácteos y roscas, en la cual trabaja su

esposo Elmer y Arnold; en cuanto a Requelme hermano de su esposo no se llevan bien hace 4 años debido a que no le paga por la venta de la tienda de al frente y que se llevan mal; que el día 24 de diciembre detienen a su esposo, pero ella sospecha de Requelme porque varias veces se ha ido a buscar al policía César Hernández y este le ha mencionado a Lidia que tiene temor declarar porque es amigo de Requelme; también menciona que observo que el día 23 de diciembre un señor se acercó a la tienda y encargo una mochila, siendo Arnold quien lo atendió pero como hacía mucho pedido su esposo Elmer fue el que finalizo la atención. Finalmente confirma que se le entregó a su esposo la mochila y este lo dejo por los servicios higiénicos.

Se continúa con el Juicio Oral el día 8 de noviembre de 2011, con la presencia del testigo César Alberto Hernández Cisneros el mismo que narra que el día 24 de diciembre de 2010, recibió una llamada a las 3 pm, en el cual una persona le mencionaba que había un paquete de droga, a la cual no le dio mucha importancia; pero le volvieron a llamar a las 7 pm mencionándole “Jefe hay un señor que tiene una mochila roja, de nombre Elmer, vaya y ubíquelo en esta dirección”, luego coordino con el policía César Augusto Prudencio Puas para que coordinen con la Unidad de droga para que envíen a personal experto como el brigadier Peralta; luego se reunieron con dos efectivos policiales en calidad de apoyo y se dirigieron a las esquinas de Amazonas con Apurímac, hicieron las averiguaciones acerca del nombre Elmer pero nadie daba razón de ello, por lo que se hicieron pasar como compradores y se dirigieron a la tienda ubicada en el Jr. Amazonas 480, en ese instante escucharon el nombre Elmer por lo que le preguntaron si se puede hablar en un lugar más prudente y este le dijo claro cómo no, empezaron a preguntarle sobre la mochila roja, el cual Elmer menciona que no tiene ninguna mochila; luego apareció su hijo y dijo “papi debe ser la mochila del candadito” por lo que Elmer se puso nervioso y pasaron a la trastienda en la cual encontraron la mochila roja, esperaron a la Fiscalía y procedieron su apertura encontrando en ello droga. El testigo Cesar Hernández también refiere que conoce al Sr. Requelmer debido a que en una oportunidad un colega le pidió de favor hacer unas compras en la tienda del “loquito Reque”; también hace mención que la esposa de Elmer en varias oportunidades ha querido sobornarlo.

El abogado defensor contra examina al testigo, el cual manifiesta que conoció a su informante en Lima y con Peralta son compañeros de trabajo, así como también refiere que el papel bond fue encontrado dentro de la mochila roja y que solicito trabajar con Peralta debido a la experiencia que este tiene en asuntos de droga, también señala que el operativo lo dirigía el comandante Cesar Augusto Prudencio Cubas.

Se continua con la audiencia de juicio oral el día 09 de noviembre de 2011, en la cual se incorporan los medios probatorios como: las tomas fotográficas, el dictamen pericial

toxicológico N° 008/11 y hoja de datos de usuario – emitida por la DRE; el abogado solicita nueva fecha de audiencia para preparar su defensa; siendo que el día 11 de noviembre de 2011 se retomó la audiencia en la cual se realizaron los alegatos de clausura, el primero en hacerlo fue el representante del Ministerio Público en cual señaló que: se encontró en el negocio de Elmer Américo Arribasplata Vargas la mochila roja que contenía 4.618 Kg de droga, que era para su persona debido a que también se encontró un papel bond con su nombre; la defensa del acusado en cuanto a su teoría del caso de que supuestamente le habían sembrado droga al acusado Elmer su hermano Requelmer, no es válida debido a que el negocio de venta de quesos es un negocio familiar, que en un inicio fue administrada por el hermano mayor, pero a su muerte se quedó a cargo Elmer el cual en un momento se retiró para ejercer su profesión de docente y vendió parte del negocio a su hermano Requelmer; también se acredita que la versión de que la droga había sido dejada por el oficial César Hernández Cisneros es falsa debido a sus veinte años de ejercicio en la profesión y ninguna acusación en contra del oficial en cuanto a drogas, asimismo del examen de orina realizado a Elmer se demostró que consumía drogas; queda acreditado su condición actual de docente según oficio N° 3352-2011-DRE-San Miguel; por lo que el Ministerio Público solicita veinte años de pena privativa de libertad efectiva; y doscientos cincuenta días-multa, lo cual asciende a una suma de S/. 2,500.00 soles; e inhabilitación de la profesión de docente por el mismo periodo de la pena principal.

El abogado defensor del acusado establece como alegatos de clausura que: Elmer desconocía que la mochila roja que le fue encargado contenía droga; que debe tenerse en cuenta el lugar de la intervención de Elmer el cual fue en el local de venta de productos lácteos y no fue ejerciendo el cargo de docente; asimismo según el artículo 296° segundo párrafo del Código Penal, respecto a la posesión de droga, indicando que no basta la sola posesión sino que debe de demostrarse si esa droga este destinada a su tráfico ilícito y si el acusado conoce o no su procedencia; por lo que no se ha llegado a comprobar que Elmer tenía conocimiento del contenido de la mochila roja, por lo cual se solicitó la incorporación del informe policial 001-2011-DITERPOL-RPNC, en el cual se consignan datos falsos, como que la realización de la investigación fue hecha hace un año atrás, el tal sentidos los oficiales Peralta y Hernández no hubiesen calificado su información como A1, ni hubieran ido a la tienda a verificar el nombre de la persona Elmer; también se hace mención que de la declaración de Hernández Cisneros su informante no consigno datos importantes como: cuándo llegó la mochila; así también resulta dudosa la nota que contenía la mochila debido a las instrucciones, debido a que esta intención de perjudicar al acusado ha estado direccionada; debe tomarse en cuenta la relación de enemistad que existe entre Elmer y su hermano Requelmer; en cuanto al informe toxicológico que demuestra que Elmer consumía droga mediante un examen de orina, debe de rechazarse debido a que el perito no acudió a la audiencia de juicio oral; y finalmente se solicita la absolución del acusado.

El acusado menciona que los policías le dijeron que tenían fotos y videos en la cual el acusado traía la mochila de la agencia, así mismo hace referencia que en las diversas manifestaciones se habla de una mochila y en otras de un maletín; de igual manera el solicitó las huellas dactilares del maletín, pero de las declaraciones aparece que él la solicita después de la apertura del acta lo cual es totalmente falso; que los policías jalaban la mochila del lugar donde estaba sin la presencia de la fiscalía y finalmente señala que son los policías quien le sembraron la droga. Con lo cual se da por concluida la audiencia de juicio oral.

El juicio oral da inicio con la acusación fiscal contra el procesado, a quien se le encontró en posesión de droga y un mensaje escrito en el cual se plasma su nombre, lo cual indicaría que la droga incautada estaría destinada para su comercialización, incurriendo en tráfico ilegal, solicitando pena privativa de libertad efectiva, doscientos cincuenta días multa e inhabilitación docente. La defensa señala que la droga incautada en el Centro Comercial del imputado, no es de su pertenencia y que fue sembrada con la intención de causarle perjuicio. Solicita además la inclusión de un informe policial, el cual tiene demasiadas contradicciones con respecto a la realización de la investigación donde dice que fue hecha hace un año atrás, alegando que de ser así, los oficiales a cargo de la intervención no hubiesen ido al Centro Comercial a verificar el nombre de la persona, o también menciona que de la declaración de Hernández Cisneros su informante no consignó datos importantes como cuándo llegó la mochila; pero encuentra oposición por parte del Ministerio Público, señalando que lo que va ser objeto de contradicción son los medios de prueba que se relatan en dicho informe, como el acta de registro domiciliario, acta de intervención, el examen de los testigos, etc., por lo que el informe no viene a ser un medio probatorio útil, pero es decisión del Director de debate el considerar la admisión del informe policial N° 01-2011-DITERPOL-DIVANDRO, como medio probatorio de la defensa por formar parte de su teoría del caso.

Luego de la declaración del imputado y el contrainterrogatorio por parte del fiscal, éste decide continuar con la actividad probatoria y responde que con el examen del Perito Químico que señala el resultado positivo preliminar del análisis químo de drogas con las muestras tomadas, así como también el peso de la droga.

El abogado defensor en sus alegatos de clausura establece que su defendido desconocía el contenido del encargo y que debe tenerse en cuenta el lugar de la intervención de su defendido, el cual no fue ejerciendo el cargo de docente; indicando así mismo que no basta la sola posesión, sino que debe de demostrarse si esa droga este destinada a su tráfico ilícito.

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS SENTENCIAS

La sentencia, como lo refiere el Doctor Jorge Carrión Lugo, “es la resolución judicial máxima, con la que se pone fin a cada una de las instancias por las que pasa el proceso, y en virtud de la cual se resuelve de manera concluyente y definitiva, dentro de la respectiva instancia, la cuestión controvertida denominada litis, causando ejecutoria la sentencia expedida por el tribunal superior en jerarquía, si las partes han recurrido a él mediante el respectivo recurso” (Carrión Lugo, 1998, pág. 271).

3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

3.1.1. Planteamiento del caso

El representante del Ministerio Público refiere que el día 24 de diciembre de 2010, a las 7:45 pm, en circunstancia que el personal de la DIVANDRO al tener conocimiento del inmueble ubicado en el Jr. Amazonas 480 de Cajamarca donde funciona una tienda comercial “Productos Lácteos Agua Blanca” se venían realizando actos de tráfico ilícito de drogas, con la fiscalía se procedió a ingresar al inmueble e intervenir al investigado Elmer Américo Arribasplata Vargas, quien al inicio negó brindar información; sin embargo ante la información de su menor hijo, el investigado autorizo el registro domiciliario, encontrándose en un ambiente ambiguo de la tienda un maletín sintético de color rojo con negro con la inscripción “ADIDAS” el cual se encontraba asegurado con un candado; maletín que se encontraba encima de una caja de panetones Sayón y tapado con cartones, y al revisarse el maletín se encontró una bolsa plástica conteniendo una hoja de papel bond A4 con la inscripción “ELMER TE ESTOY ENVIANDO LA MERCADERÍA RECÓGELO.- ELMER OJALA PUEDES RESECAR PORQUE ESTA MEDIA FRESCA – DEPOSÍTAME 5 KG DE 400 GR Y PARA LA 15 HAY MAS – HABLAMOS”, encontrándose debajo de la bolsa dos cajas de galleta SODA DÍA, una caja contenía sustancia parduzca y polvorienta con peso bruto de 2, 850 kg; y en la otra caja se encontró una masa con olor de pasta básica de cocaína envuelta en papel manteca con un peso de 1, 760 kg (peso bruto de ambos es 4, 618 kg) y al ser sometidos a la prueba de orientación y descarte de droga, esta dio positivo para alcaloide de cocaína; razón por la cual se solicita 20 años de pena privativa de la libertad, 250 días multas a razón de días soles por cada día (2,500.00 soles), y el pago de 20,000.00 soles por concepto de reparación civil; como autor del delito Contra la Salud Pública, tráfico ilícito de drogas en su modalidad de posesión de drogas tóxicas con fines de tráfico, con la agravante de ser profesor según el artículo 297 inciso 2 del Código Penal, con el tipo de base descrito en el artículo 296° segundo párrafo del Código Penal.

El abogado defensor expuso la Teoría de su Caso estableciendo que la droga fue sembrada un día antes de que Elmer se encontrara en su local de ventas de productos lácteos.

3.1.2. Delito objeto de acusación

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 297° inciso 2) del Código Penal, cuyo tipo base está en el artículo 296° segundo párrafo *“El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días multa”*, constituyendo circunstancia agravante conforme al artículo 297° inciso 2, cuando: *el agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza. En cuyo caso se sanciona el delito con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1, 2, 4 y 8 del Código Penal.* Los ELEMENTOS OBJETIVOS de este delito, en su forma agravada, la posesión de drogas tóxicas con fines de tráfico, cuando el agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza. Por otra parte el ELEMENTO SUBJETIVO será la intención del agente de obtener un provecho económico a través de actos de tráfico ilícito en detrimento a la Salud Pública; el delito se comete solamente a título de dolo.

Hay que tener en cuenta que en los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas el bien jurídico protegido es la salud pública, entendiéndola como una disciplina que busca proteger y mejorar la salud de la población en general, promoviendo campañas de educación, concientización y estilos de vida saludables.

3.1.3. Consumación del delito

Este delito para su consumación requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión debe estar orientada a un acto posterior de tráfico ilegal. La verificación objetiva de esa finalidad puede apreciarse a partir de la prueba indiciaria; es decir, cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón y propósito de la posesión, por ejemplo: la cantidad de droga poseída, la condición de consumidor ocasional o habitual de poseedor, la oportunidad y el lugar de la detención, la naturaleza de las demás especies que fueron incautadas al agente (dinero, cigarrillos, balanzas de precisión, etc.)

Se puede deducir que aparte de la posesión de droga, esta tenía la finalidad del tráfico ilícito, debido a la nota que se puede encontrar donde le manifiesta

objetivamente que se traerá más. Entiéndase tráfico ilícito de drogas como la acción de lucrar a través del traslado promoción de las drogas ilegales.

3.1.4. Reparación civil

Según lo establecido en el artículo 93° del Código Penal, la reparación civil comprende la restitución del bien o el pago de su valor, así como también la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda. Esto resulta lógico porque la comisión de un delito conlleva a la imposición de una pena y el surgimiento de la responsabilidad civil del sujeto quien va a reparar el daño ocasionado con su comportamiento ilícito; siendo que esta reparación guardará proporción con el daño causado. Existen factores que se deben tener en cuenta respecto a la reparación civil como: la posibilidad económica del acusado, la magnitud del daño causado, etc., este último debe ser probado fehacientemente en el juicio oral, según el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal.

La figura de la reparación civil no implica una penalidad o anexo a la penalidad que permita reeducar al individuo, sino que es una forma de resarcir el daño causado. Por lo tanto, en este caso se pide una reparación civil de 20 000 soles que deberán ser pagados a favor del Estado.

3.1.5. Pruebas válidas para la deliberación

Conforme al artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal *“El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”*, esta previsión tiene su correlato en el artículo I inciso 2) del Título Preliminar del Código Procesal Penal en cuanto establece que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, y además en el artículo VIII del mismo Título Preliminar exige como requisito para valorar la prueba, que esta haya sido obtenida e incorporada mediante un procedimiento constitucional legítimo; estas normas interpretadas en concordancia con los principios de oralidad, intermediación y contradicción inspiran el modelo procesal penal peruano, obligando al juez a resolver y valorar las pruebas que hayan sido incorporadas legítimamente al Juicio Oral.

Recordemos que el principio de oralidad implica que todo lo que se pregunte, argumente o resuelva será de manera verbal; el principio de publicidad rige como garantía de imparcialidad del proceso judicial y como una manera de asegurar la confianza de la sociedad en la administración de justicia; el principio de contradicción que implica la oposición entre argumentos; y el principio de intermediación, el cual

permite el acercamiento del juzgador con todos los elementos necesarios para la emisión de la sentencia.

3.1.6. Medios de prueba incorporados válidamente a Juicio Oral

- a) Declaración del acusado Elmer Américo Arribasplata Vargas, el cual manifestó que vive en el jr. Amazona 480 – Cajamarca, local comercial de venta de productos lácteos; vive con su esposa Lidia Ruiz Coba y sus dos hijos Maicol y Adriano; y que el día 24 de diciembre del 2010 dos policías le preguntaron por una mochila roja refiriendo que tenían fotos y grabaciones de él saliendo de una agencia de viaje, asimismo el policía Hernández lo amenazó con su pistola, siendo que su hijo Maicol menciona haber visto un maletín en la trastienda, para lo cual en dicho maletín había droga y antes de las pruebas de descarte de droga él solicitaba que le saquen las huellas dactilares. También menciona que era docente de la Institución Educativa N° 82918 de Tantachual Alto – San Miguel; agregando que el día 23 de diciembre del 2010 un señor ingreso a su tienda a comprar productos lácteos y él fue quien dejó el maletín con la droga y este a su vez considera que fue enviado por su hermano Requelme Arribasplata Vargas en complicidad con el policía Guzmán Peralta Vergara.
- b) Declaración testimonial de Guzmán Peralta Vargas, el cual manifestó que el día 24 de diciembre del 2010 con presencia del fiscal se realizó el acta de registro domiciliario, constatación del equipaje, apertura del equipaje, prueba de campo y comiso de droga, pesaje y lacrado de droga; dichas actas fueron firmadas por el acusado y no han sufrido ninguna alteración. Refiere que el policía César Hernández lo había llamado porque había recibido una llamada en la cual le decían que había droga en un lugar comercial de venta de productos lácteos y la persona que la poseía se llamaba Elmer; para lo cual fueron a dicho local comercial y se entrevistaron con Elmer, el mismo que estaba nervioso ante las preguntas de los policías por la mochila o maletín que contenía droga. Refiere también que no conoce a la persona de Requelme Arribasplata Vargas.
- c) Examen del perito químico Miriam Victoria Cotrina Changanahui, la misma que manifiesta que la muestra obtenida se hizo mediante la prueba colorimétrica y se utiliza el reactivo mater; con lo cual se da una fiabilidad del 100% de la sustancia encontrada es *pasta básica de cocaína*.
- d) Examen del testigo Requelme Arribasplata Vargas, el cual declara que se dedica a la venta de productos lácteos desde el 2001, que nunca tuvo problemas de negocio con su hermano Elmer y se lleva bien con su cuñada Lidia Ruiz Coba,

que tiene conocimiento de lo sucedido el día 24 de diciembre del 2010 y que no tiene un sobrenombre o apodos; asimismo refiere que el día de los hechos él estaba trabajando en su tienda, finalmente menciona no conocer al policía César Hernández Cisneros y no entiende la razón por la cual su hermano Elmer lo involucra.

e) Declaración del menor Arnold Natorce Ríos, menciona conocer a Elmer desde niño y que en el mes de diciembre de 2010 trabajo en la tienda de Elmer; y que el día 23 de diciembre del 2010 ingreso una persona a comprar productos lácteos y como el pedido era grande fue atendido por Elmer, escuchando que esta persona le dijo te encargo este maletín y mañana paso a recogerlo con el pedido, esta persona media 1.60, tenía poco pelo, de contextura gruesa y estaba con una casaca color azul marino oscuro; posteriormente el día 24 llego los dos policías a preguntar por el maletín, menciona además que conoce al señor Requelme Arribasplata Vargas de vista y que actualmente no se saludan con el señor Elmer.

f) Declaración testimonial de Lidia Ruiz Coba, manifiesta que convive con el señor Elmer y que en la tienda en el mes de diciembre de 2010 solo trabajaban su esposo, Arnold y ella; agrega que la relación entre Elmer y Requelmer desde hace cuatro años atrás es mala debido a que este último no le quiere pagar por el traspaso de la tienda; y que sospecha de Requelmer y del policía César Hernández porque ellos han sembrado droga en su marido Elmer.

g) Declaración del testigo César Hernández Cisneros, el mismo que indica que recibió una llamada telefónica en donde le mencionaban que en una dirección existe un señor de nombre Elmer el cual tiene una mochila roja que contiene droga; para lo cual pide apoyo a la Unidad de Drogas solicitando personal con experiencia, siendo Peralta quien le ayuda en la intervención; para lo cual fueron hasta el domicilio de Elmer y le preguntaron por la mochila roja y este se puso nervioso y gracias a la intervención de su menor hijo dieron con la droga la cual se encontraba en la trastienda del local intervenido; agrega que conoce al señor Requelmer, debido a que años atrás hizo unas compras por pedido de un colega; refiere también que Lidia esposa del acusado Elmer ha venido varias veces a verlo después de la intervención y quiso sobornarlo, finalmente la intervención se realizó buscando una mochila roja pero hallaron un maletín color guinda.

- h) Declaración del testigo Benjamín Bringas Chavarry, manifiesta que para la intervención recibió una llamada del brigadier Peralta, siendo que primero acudió a la dependencia policial y de ahí se fue a la intersección entre Apurímac y Amazonas, en donde indica que sus colegas estaban conversando con el investigado y que había ingresado al local, pero no estaba cerca de sus colegas.
- i) Documentos incorporados al Juicio Oral, fotografías, donde se da cuenta de la droga incautada; Dictamen Pericial Toxicológico 008/11, el cual da positivo para alcaloide de cocaína; Hoja de datos del usuario, que da cuenta que es profesor nombrado; Oficio N° 3352-2011 DRE-San Miguel.

Podemos apreciar la importancia del juicio oral, pues es la mejor manera en que el Juez conoce la evidencia y el testimonio de manera directa, para que a través de este conocimiento pueda dar resolución sobre una base persuasiva.

3.1.7. Hechos probados en el Juicio Oral

- a) Que el día 24 de diciembre de 2010 a las 7:45 pm se llevó a cabo el operativo policial en el interior del inmueble ubicado en el Jr. Amazonas N° 480, donde funciona un local destinado a la venta de productos lácteos, en cuyo interior se encontró un maletín conteniendo 4, 618 gr de pasta básica de cocaína en posesión de Elmer Américo Arribasplata Vargas; dichos hechos fueron probados con el acta de registro domiciliario, constatación de equipaje, apertura de equipaje, prueba de campo y comiso de droga, pesaje y lacrado de droga, con el examen de los testigos: Guzmán Peralta Vergara (policía), César Alberto Cisneros (policía), Benjamín Bringas Chávarry (policía), examen del perito Mirian Victoria Cotrina Changanaqui y con las fotografías que graban la apertura del maletín que contenía droga.
- b) La droga incautada estaba destinada a fines de tráfico ilícito, probado con el acta de pesaje de droga. Siendo imposible que esté destinada al autoconsumo, debido a que el acusado ha mencionado que no es consumidor de drogas.
- c) Que el acusado Elmer tiene la condición de profesor nombrado en la I.E N° 82928 de Tantachual Alto – San Silvestre de Cochán – San Miguel, probado con hoja de datos de usuario y oficio N° 3352-2011-REG-CAJ/DRE-DGA-OPER.

3.1.8. Hechos no probados en juicio oral

La defensa no ha probado su teoría del caso, es decir que la droga fue sembrada al acusado por el efectivo policial Guzmán Peralta Vergara, un día antes de la

intervención policial, por orden del hermano del acusado Requelme Arribasplata Vargas.

3.1.9. Calificación jurídica

El tipo penal del delito Contra la Salud Pública, Tráfico Ilícito de Drogas, en su modalidad de posesión de drogas tóxicas con fines de tráfico ilícito, tipificado en el artículo 296° segundo párrafo del Código Penal, con la agravante del artículo 297° inciso 2 del mismo cuerpo normativo; es decir el agente tiene la condición de educador. Por lo que el Colegiado considera que el profesor tiene la misión de educar, prevenir y luchar para que sus educandos no se involucren en problemas de drogas, la falta de compromiso con la sociedad y que éste se involucre en el tráfico ilícito de drogas genera una mayor alarma social y se configura la agravante.

Discrepando con la calificación jurídica, mantenemos lo dicho con anterioridad que no estamos ante una agravante del delito, dado que el imputado no ha estado inmerso en las funciones de educador, por lo tanto, no se puede configurar esta agravante.

3.1.10. Individualización de la pena

Existiendo responsabilidad en el acusado en el delito Contra la Salud Pública, Tráfico Ilícito de Drogas, en su modalidad de posesión de drogas tóxicas con fines de tráfico ilícito, configurándose la agravante contenida en el artículo 297° inciso 2 del Código Penal, la cual establece una pena mínima de 15 años y una máxima de 25 años de pena privativa de libertad, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2, 4, 5 y 8.

El acusado es una persona de un nivel cultural y económico, que no le ha impedido comprender el carácter delictivo de su conducta; asimismo hay que considerar que a) ha existido daño al bien jurídico protegido, es decir la Salud Pública; b) que no ha existido arrepentimiento por parte del acusado, pues en todo momento niega la comisión del hecho delictivo, y en virtud al principio de lesividad, proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad se debe fijar una pena intermedia a la pena básica establecida. En cuanto a la inhabilitación esta debe ser igual a la pena aplicada, y en cuanto a la pena multa la misma se establece de acuerdo a los artículos 42, 43 y 44 del Código Penal, fijándose 25% del haber diario que percibe el acusado, esto es S/.10 soles.

De los hechos anteriormente narrados, observamos que el imputado no acepta haber incurrido en este delito materia de análisis, a pesar de existir evidencias y

pruebas materiales y testimoniales que ha presentado el fiscal en su rol acusador; en función a ello también podemos señalar que el imputado es una persona letrada, profesional, por lo cual no puede justificar desconocimiento de la figura jurídica del Tráfico Ilícito de Drogas.

3.1.11. Parte resolutive

El Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de Cajamarca falla CONDENADO al acusado Elmer Américo Arribasplata Vargas como autor del delito contra la Salud Pública, Tráfico Ilícito Drogas, en su modalidad de posesión de drogas tóxicas para su tráfico en agravio del Estado; imponiéndose VEINTE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, desde el computo del 23/12/2030 más DOSCIENTOS CINCUENTA DÍAS MULTA, fijándose S/. 10 por día multa, es decir VEINTE MIL SOLES e inhabilitación para ejercer la profesión de educador por un periodo de CINCO AÑOS.

La Resolución se basa en función a las pruebas contundentes, como el acta de intervención al investigado, el análisis químico de droga la cual arroja positivo, la hoja de papel bond con un mensaje dirigido a Elmer, las vistas fotográficas de la intervención de la droga, el Dictamen Pericial Toxicológico de muestras de orina, suero y sangre realizado al imputado, la cual arroja positivo de cocaína, el dictamen Pericial de Química Droga que concluye el peso de la droga, hechos y pruebas que han sido demostrados y no han sido refutados ni desmentidos.

3.1.12. Análisis jurídico

Es necesario entender que el tráfico ilícito de drogas es aquella actividad ilícita que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación, comercialización o tráfico (Ruda & Novak, 2009, pág. 14); que, en este caso se trata de una comercialización, según los medios de prueba y la intervención policial en el local del imputado. Ahora es entendible que en este tipo de delitos el bien jurídico que se protege es la salud pública, entendida esta como el bienestar físico y psíquico de la sociedad (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 28); que en otras palabras viene a entenderse como la salud de los individuos que componen la sociedad (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 71). Para lo cual ha quedado demostrado que el imputado comercializaba con droga y con ello vulnera la salud pública de nuestra sociedad.

Aparicio, nos menciona que *cuando el agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanzas*; en este caso, se sanciona la utilización de su condición de educador para inducir al consumo, se

agrava la responsabilidad por el hecho de la relación profesor-alumno, teniendo implicancias sociales (Frisancho Aparicio, 2002, pág. 122). Si bien es cierto la condición de docente es una agravante en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, para el estudio del presente caso, tal condición no se cumple, debido a que el imputado no estaba ejerciendo su profesión o no se aprovechó de tal condición para la comercialización de la droga; por lo que considero injusto de que se le haya impuesto una pena de 20 años; siendo lo usual una sanción entre 6 a 12 años según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal.

3.2. RECURSO DE APELACIÓN

El abogado del acusado menciona en su recurso de apelación que su patrocinado ha sido intervenido como comerciante, vendiendo sus productos lácteos y no como profesor, por los cuales estos hechos no han sido tomados en cuenta, imponiéndose una agravante que no le corresponde, trasgrediendo el principio de legalidad y no existiendo una debida motivación en el fallo. Por lo cual solicita que se declare nula la sentencia de primera instancia.

Basándose en la *teoría objetiva*, no podemos atribuir objetivamente un hecho que no se ha cometido no por solo tener la condición de docente se puede atribuir el agravante al acusado, pues no ha sido en su condición de docente que se le ha encontrado supuestamente en posesión ilícita de droga.

Asimismo, Raúl Peña Cabrera y Alfonso Peña Cabrera, consideran que para que se aplique la agravante contenida en el artículo 297 inciso 2) del Código Penal, *“no solo bastara que el sujeto activo sea educador o docente, sino que el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión”* (Peña Cabrera & Peña Cabrera, 2010, pág. 103). Y mediante la resolución N° 10 se concede el recurso de apelación.

La defensa del acusado, fundamenta su apelación basándose en que se le ha impuesto una pena agravante que no corresponde, dado que su patrocinado ha sido intervenido como comerciante de productos lácteos, mas no ejerciendo ni valiéndose de su condición de educando, lo cual transgrede el principio de legalidad, por ende pide que la resolución de primera instancia sea declarada nula.

3.2.1. Del acta de registro de audiencia de apelación de autos

El Abogado del acusado manifiesta que durante el proceso penal no se ha realizado la confrontación entre el acusado y los policías, siendo que estos han tenido diversas contradicciones, como es el caso del policía Cisneros el cual en un primer momento

manifestó que supuestamente había recibido una llamada, en donde le dan a conocer de que en la tienda del acusado han dejado una maletín rojo; luego en otra declaración manifiesta que recibió información de una fuente confidencial que habían dejado un maletín. Asimismo, no se le encontrado de manera directa en posesión de la droga, sino en un local comercial a nombre de su esposa; de la misma manera en segunda instancia se han ofrecidos medios probatorios, que han sido imposibles de ofrecer en primera instancia como son las declaraciones de los testigos Mercy Judith Pérez Ortiz y Einstein Damacén Jáuregui, testigos que estuvieron presente el día en que se dejó el maletín con contenido de droga.

El Fiscal indica que los procesos penales se rigen por el principio de preclusión, que hay etapas procesales dentro de las cuales la ejercen los sujetos de derechos, por lo que ofrecer declaraciones de testigos en esta etapa procesal resultaría ilógico por su preclusión.

El Colegiado indica que el pedido del abogado del acusado resulta inadmisibles, siendo que esta audiencia no es de ofrecimiento de medios probatorios, por ser esta de alegatos y actuación de pruebas.

El Abogado del acusado continúa la audiencia mencionando que de las declaraciones del testigo policial Cisneros existen contradicciones y se debería dar un nuevo juicio oral y ser otro colegiado quien evalué estas declaraciones.

El Fiscal responde que la apelación del abogado del acusado se basa en la condición del agente y la circunstancia de agravante, es decir profesor; por lo que el Ministerio Público haciendo una evaluación de la condición del acusado y de las circunstancias en las cuales se encontró, determina que no se habría encontrado al acusado ejerciendo su cargo de profesor al momento de configurarse el ilícito penal; por lo que sugiere al Colegiado que puede reducirse la pena de manera prudencial, siendo este Colegiado quien debería evaluar los hechos acaecidos.

El Abogado del acusado también menciona que las actuaciones por parte de los efectivos policiales no deberían tomarse en cuenta durante el juicio, y esto es porque dichas actuaciones se realizaron sin la presencia del Ministerio Público, es decir el día de la supuesta incautación de droga solamente estaba el acusado y los efectivos policiales sin la presencia del Ministerio Público.

El Colegiado hace las preguntas al acusado sobre el lugar en donde se encontraba el maletín y la forma de cómo se abrió, para lo cual el acusado menciona que se

procedió a abrir el maletín con presencia del Ministerio Público y su abogado defensor.

Finalmente, mediante resolución N° 16, el Juzgado Colegiado falla condenando al imputado a VEINTE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, fijándole en DIEZ SOLES EL DÍA MULTA E INHABILITANDO DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE EDUCADOR POR CINCO AÑOS, y fijándole como REPARACIÓN CIVIL el monto de VEINTE MIL SOLES a favor del ESTADO; por el delito Contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas, en su modalidad de Posesión de Drogas Tóxicas para su Tráfico, en agravio del Estado.

El abogado del acusado manifiesta que durante el proceso penal no se realizó la confrontación entre el acusado y los policías, a pesar de que estos tuvieron diversas contradicciones en cuanto a cómo tuvieron conocimiento de la posesión de la droga por parte del imputado. Además, en la audiencia deniegan el pedido de la defensa sobre ofrecimiento de medios probatorios, por encontrarse en una etapa de alegatos y actuación de pruebas y por parte del Fiscal, señala además que la apelación de la defensa se basa en la agravante, ante lo cual el Ministerio Público determina que no se ha encontrado al acusado ejerciendo como educador al momento de configurarse el ilícito y sugiere al Colegiado que se redujese la pena de manera prudencial. Fallando el Juzgado Colegiado ratificando la misma pena y reparación al acusado.

3.3. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Con fecha 01 de diciembre de 2011, el abogado defensor interpone recurso de apelación contra la sentencia que condena al imputado con veinte años de pena privativa de la libertad efectiva e inhabilitando del ejercicio de la profesión de educador por cinco años, y fijándole como reparación civil el monto de veinte mil soles a favor del Estado; estableciendo como fundamentos:

- a) Considera que la agravante establecida en el artículo 297 numeral 2 del Código Penal no es aplicable al sentenciado Elmer Américo Arribasplata Vargas, en la medida que si bien es cierto este es profesor, sin embargo, cuando le hallaron la droga, no estaba desempeñando tal cargo; por lo que la agravante no debería ser aplicada; caso contrario hubiera sido cuando el sujeto activo aprovechando de su condición de docente se dedica al Tráfico Ilícito de Droga.
- b) La intervención al local comercial del sentenciado se ha realizado sin la presencia del representante del Ministerio Público, debido a que este ingreso después de los efectivos policiales.

Asimismo, solicita la nulidad del juicio oral para que se actúen pruebas como la confrontación del sentenciado y los miembros policiales intervinientes.

La defensa nuevamente considera que la agravante no es aplicable al sentenciado ya que este no se encontraba en el desempeño de su cargo docente, por lo que la agravante no debería ser aplicada, añade además que la intervención al local del sentenciado se ha realizado sin la presencia del Ministerio Público. En base a estos fundamentos, solicita la nulidad del juicio oral para que se actúen las pruebas de confrontación entre el sentenciado y los miembros intervinientes de la policía.

3.3.1. Fundamentos facticos

Respecto a la agravante del artículo 297 inciso 2 del Código Penal, el Colegiado considera que la sola condición de que el agente ostente la profesión de educador o se desempeñe como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza, configura el tipo agravado del tipo penal básico de posesión para el Tráfico Ilícito de Drogas contenido en el artículo 296 del Código Penal, radicando la agravante en que teniendo el profesor la misión de educar, prevenir y luchar para que sus educandos no se involucren en el problema de las drogas, falta a ese compromiso con la sociedad y, por el contrario, es un promotor y facilitador en su comercialización, evidenciando un ánimo de lucro. No siendo necesario que se encuentre en el ejercicio o no de su profesión al momento en que comete el delito ni tampoco se valga de tal condición pues de haber sido esa la intención del legislador la redacción del tipo penal hubiera sido igual o similar al inciso 1 del artículo 297, donde sí se requiere la necesidad de que se ejercite el cargo para configurar el tipo penal agravado, por lo que es necesario señalar que la conducta del sentenciado se subsume en el inciso 2 del artículo 297 del Código Penal por su condición de profesor.

En cuanto al *quantum de la pena*, para el Colegiado esta no resulta proporcional, ni razonable la pena impuesta pues se trata de un agente primario al no haberse acreditado que tenga antecedentes, además debe tenerse en cuenta el principio de humanidad de las penas, por lo que es factible imponerle el mínimo legal, no siendo factible considerar su condición de docente para establecer la pena entre el mínimo y el máximo que señala la ley, como lo ha hecho el juzgado colegiado, pues esta condición es la que agrava el tipo penal.

Respecto a la *reparación civil*, esta es conforme debido a que se encuentra acorde a la cantidad de droga incautada al sentenciado, el hecho que pone en riesgo la Salud Pública de un número indeterminado de personas.

En lo que respecta a la declaración de nulidad del juicio oral por la falta de confrontación entre el sentenciado y los miembros policiales; es fundamental señalar que esta no es causal de nulidad, debido a que no se encuentra dentro de las causales del artículo 150 del Código Procesal Penal.

Finalmente la Sala de Apelaciones resolvió confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena a Elmer Américo Arribasplata Vargas por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de posesión de drogas tóxicas para su tráfico en agravio del Estado, delito tipificado en el artículo 296 segundo párrafo del Código Penal con la agravante del artículo 297 inciso 2 del mismo cuerpo legal; y le impone doscientos días multa, fijándose en diez soles el día multa e inhabilitando del ejercicio de la profesión de educador por cinco años, y fijándole como reparación civil el monto de veinte mil soles a favor del Estado. REVOCARON en el extremo en que se impone veinte años de pena privativa de la libertad y REFORMÁNDOLA le impusieron quince años de pena privativa de la libertad, desde el computo del 24/12/2010 hasta el 23/12/2028 fecha en se deberá ser repuesto en libertad.

El Colegiado considera, erradamente desde mi punto de vista, que no es necesario que el sentenciado no se haya encontrado desempeñando su profesión de educador al momento de cometer el delito, ya que es la sola condición de que el agente ostente la profesión de educador la que configura la agravante, argumentando que la función de profesor es la de educar, prevenir y luchar para que sus educandos no se involucren en este problema. En cuanto al *quantum de la pena*, para el Colegiado no resulta proporcional, ya que se trata de un agente primario, por lo que es factible imponerle el mínimo legal. En cuanto a la *reparación civil*, esta es conforme para la sentencia de la segunda instancia. Y sobre la solicitud de nulidad del juicio oral, se señala que la falta de confrontación entre el sentenciado y los miembros policiales no es causal de nulidad. Por último, la Sala de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena y la imposición de doscientos días multa e inhabilitación del ejercicio de la profesión por cinco años, fijándole como reparación civil el monto de veinte mil soles a favor del Estado. Revocan el extremo en que se impone veinte años de pena privativa de la libertad y la reforman imponiendo quince años de pena privativa de la libertad.

3.3.2. Análisis jurídico

Se vuelve a incurrir en el mismo error de la sentencia de primera instancia, al seguir calificándole al imputado con la agravante (Educador) del delito de Tráfico Ilícito de Droga, contenida en el artículo 297 inciso 2 del Código Penal, y es que tal agravante no se ha llegado a configurar.

Es imprescindible mencionar que el caso del Segundo Párrafo del artículo 296° del Código Penal, habla de la POSESIÓN y refiere que ésta solo es sancionada cuando tiene por finalidad la comercialización, más no cuando está destinada para consumo humano. En el caso del Tercer Párrafo del mismo artículo, se refiere a proveer (impulsar), acopiar (reunir en cantidad) y comercializar (poner en venta). Mientras el Cuarto Párrafo, se refiere a la unión de dos o más personas para concurrir a favorecer el tráfico ilícito de drogas. (Equipo Docente DUED, 2011, pág. 32). Por lo que en el presente caso si se ha configurado la posesión de la droga, la misma que se ha encontrado en su vivienda del imputado.

Este delito para su consumación requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión debe estar orientada a un acto posterior de tráfico ilegal. La verificación objetiva de esa finalidad puede apreciarse a partir de la prueba indiciaria; es decir, cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón y propósito de la posesión, por ejemplo: la cantidad de droga poseída, la condición de consumidor ocasional o habitual de poseedor, la oportunidad y el lugar de la detención, la naturaleza de las demás especies que fueron incautadas al agente (dinero, cigarrillos, balanzas de precisión, etc.); que en el presente caso su condición al momento de la posesión de la droga fue la de comerciante y no la de educador; por tal motivo considero que no se adecua la agravante (educador) en el presente caso; debiendo darse más énfasis a la prueba indiciaria y una mejor interpretación normativa en cuanto a la configuración y la agravante del delito de Tráfico Ilícito de Droga.

3.4. SENTENCIA DE TERCERA INSTANCIA

En principio está fuera de discusión la responsabilidad penal de Elmer Américo Arribasplata Vargas por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de posesión de drogas tóxicas para su tráfico en agravio del Estado; pero existen razones que justifican la casación en relación con la infracción o a la garantía constitucional de defensa y errónea interpretación de la agravante por la calidad de agente establecida en el numeral 2 del artículo 297 del Código Penal.

Es importante destacar que para la adecuación de la agravante de “educador”, no solo se requiere que el imputado tenga esta condición, sino que su comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión (Peña Cabrera Freyre A. R., 2009, págs. 177-178)

Para este Supremo Tribunal la agravante “educador” se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el elemento de educador; es decir la mayor cercanía y autoridad frente a grupos de estudiantes, siendo importante el título profesional y/o la posición funcional como educador en cualquier nivel de enseñanza.

Siendo que para la configuración de la agravante de “educador”, no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos, sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoría al consumo de estupefacientes.

Asimismo, para este Supremo Tribunal la agravante “educador”, está supeditada a los siguientes elementos: a) La agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; b) El agente tiene la profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio el título profesional de educador; c) El agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; d) El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; e) Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, por ejemplo centros deportivos¹.

Por lo que, a criterio del Supremo Tribunal, no se configuró el agravante objeto de acusación y condena, siendo que la calificación legal es la que corresponde al tipo base penal de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal².

En cuanto al *quántum de la pena*, la Sala contenía la agravante del inciso 2 del artículo 297 del Código Penal, la cual suponía una sanción no menor de 15 ni mayor de 25 años de privación de libertad y de 180 a 365 días multa; pero al haberse recalificado la conducta del imputado, es pertinente aplicar la sanción del tipo base prevista en la segunda parte

¹ Fundamento 2.7 de la Casación N° 126-2012, de la Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de Cajamarca.

² Artículo 296 del Código Penal: “El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa”.

del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, que contiene como límites de punición no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad, y de 120 a 180 días multa, y teniendo en cuenta la forma de cómo sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (teniendo en cuenta que es una persona con 33 años de edad, natural del caserío de Tantachual Alto – San Miguel, soltero con grado de instrucción superior y sin antecedentes penales), corresponde imponerle una sanción de seis años de privación de libertad e imponiéndole 200 días multa, fijándole diez soles por cada día multa, dejar sin efecto la inhabilitación impuesta del ejercicio de su profesión y se mantiene la reparación civil por el monto de veinte mil nuevos soles a favor del Estado.

Aquí ya no se discute sobre la responsabilidad del sentenciado, más sí la interpretación en cuanto a la agravante. Se recalifica la conducta del imputado y la calificación legal que corresponde es la de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal que contiene como límites una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y 120 a 180 días multa, por lo tanto corresponde imponerle una sanción de seis años de privación de libertad y 200 días multa, además se deja sin efecto la inhabilitación del ejercicio de su profesión y se mantiene la reparación civil por el monto de veinte mil nuevos soles a favor del Estado.

3.4.1. Análisis jurídico de la sentencia

Es fundamental tener en cuenta que el principio de culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente constituye la justificación de la imposición de las penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación penal y consecuentemente a la política de persecución criminal, dentro del marco constitucional del Estado. Hay que tener en cuenta que *“el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella”*³. Este principio también se desprende del principio de legalidad, el cual restringe la actuación Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza, estando consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”*

³ Fundamento 1.3 de la Casación N° 126-2012, de la Sala Penal Permanente de la Corte de Justicia de Cajamarca.

Según el criterio establecido en la STC N° 04232-2004-AA/TC, la educación posee un carácter binario en razón de que no solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones del Estado. De igual manera la finalidad de la educación es el desarrollo integral de la persona humana; mientras el artículo 14 de la Constitución promueve *“el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte”* y *“prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad”*, es por ello que la educación es un bienpreciado en muchos aspectos.

Finalmente del análisis del caso de Tráfico Ilícito De Drogas y su desarrollo en todas las etapas del proceso penal podemos mencionar que la primera instancia consistió en la recolección de pruebas objetivas, como el maletín que contenía la pasta básica de cocaína, fotos de la intervención, actas policiales, testimonios e informes periciales capaces de sustentar la existencia de la comisión de un delito, lo cual permite al fiscal decidir si solicitar el sobreseimiento o continuar con la acusación, como lo fue en el presente caso; por parte de la defensa, también recolecta los medios necesarios convenientes para realizar su descargo. Al concluir esta primera etapa, se declara saneado el proceso, pasado a la etapa intermedia, donde el fiscal ofrece ante el Juez los medios probatorios necesarios, que conjuntamente con su teoría del caso, alegatos e interrogatorio realiza su función acusadora contradicha por el abogado defensor. Lo que ambos pretenden es el esclarecimiento de los hechos para demostrar ante Juez la versión real que sancione o absuelva una acción. En este caso, se impone una pena privativa de libertad que es apelada por considerarse que existe un problema de interpretación de la norma y su agravante. La defensa presenta apelación, que luego de ser revisada en segunda instancia, revalida lo dictado por la instancia antecesora y que al llegar al tribunal superior es reformada el extremo referido a la pena privativa de libertad y la inhabilitación de su profesión.

Desde mi punto de vista, estoy conforme de la manera de como en Tercera Instancia se desarrolló el presente caso de Tráfico Ilícito de Drogas; porque de la calificación de los hechos denunciados se debió tener en cuenta, si el imputado utilizaba su condición de educador para la comisión del delito de TID; de esta manera se hubiera evitado la vulneración al debido proceso y al principio de legalidad, al ser condenado tanto en primera como en segunda instancia con una pena que no corresponde al ilícito efectuado; es decir que por el solo hecho de ser educador, sin habersele encontrado en tal condición la consumación del hecho delictivo, establecer la existencia de una agravante inexistente.

Sería muy ilógico establecer que *la sola condición de educador* implica la agravante del Tráfico Ilícito de Droga, aunque no se valiera de tal condición para la realización del ilícito penal; porque es importante aclarar que este caso se lleve a cabo teniendo como diligencias y escenario del delito *el local comercial del imputado*; mas no se le ha encontrado en su condición de educador; por tal motivo considero atinada el criterio jurídico desarrollado en Tercera Instancia.

CONCLUSIONES

El imputado en todo momento declara ser inocente, manifestando que la droga incautada en su centro comercial fue sembrada por terceras personas con la intención de perjudicarlo. Esta versión de los hechos tiene el respaldo de la declaración de un trabajador, quien afirma ser testigo del encargo de un maletín por una tercera persona.

Se discrepa con la calificación jurídica, de considerar la agravante estipulada en el artículo 297 inciso 2 del Código Penal en el extremo de la condición de educador por parte del imputado; y esto es durante la intervención policial, el imputado no estaba ejerciendo las funciones de educador.

En cuanto al recurso de apelación, la defensa sostiene que la intervención a su patrocinado ha sido como comerciante y no como educador, hechos que se ignoran vulnerando el principio de legalidad al imponérsele una agravante que no corresponde, por lo cual solicita que se declare nula la sentencia de primera instancia. Pero el Colegiado considera que el solo hecho de que el agente ostente la condición de educador configura la agravante, además rechazan el pedido de confrontación entre el sentenciado y los miembros policiales. Mientras que la Sala de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia revocando el extremo de la penalidad y reformándola a quince años de pena privativa de la libertad.

Finalmente en tercera instancia, se discute sobre la interpretación de la agravante para este delito, siendo lo correcto a aplicarse, la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal que contiene los límites de seis a doce años y de 120 a 180 días multa, para imposición de la pena, y sentencian a seis años de privación de libertad y 200 días multa, dejando sin efecto la inhabilitación del ejercicio de su profesión y se mantiene la reparación civil por el monto de veinte mil nuevos soles a favor del Estado. Lo cual deja claro la posición del juzgador que, para configurarse la agravante, el imputado debió estar ejerciendo sus funciones de educador, pero como esto no ocurrió, simplemente no estamos ante un delito agravado. Considero que es la postura más correcta e idónea, por que el Código Penal, es sancionador y establece condiciones, por lo cual, se deben de respetar estas condiciones, es decir si una de las agravantes es ser educador, al momento de realizar el Tráfico Ilícito de Droga se debe estar ejerciendo esta función para considerarla como tal.

RECOMENDACIONES

A los jueces que, al momento de calificar los hechos denunciados respecto al delito de Tráfico Ilícito de Drogas, así como su agravante, debieron tener en cuenta si el imputado utilizaba su condición de educador para la comisión del delito; evitando con ello una vulneración al debido proceso y al principio de legalidad, al ser condenado tanto en primera como en segunda instancia con una pena que no corresponde al ilícito efectuado.

A los operadores jurídicos, (Juez, secretario, auxiliar, entre otros) los cuales deberían cumplir de manera estricta los plazos establecidos dentro de cada vía procedimental, pues tal como se ha podido advertir en el presente expediente, en diferentes actos procesales desarrollados, tales como la expedición de las sentencias, se han incumplido los plazos en demasía; vulnerando el principio de preclusión y celeridad procesal; así como también evitar un perjuicio en las partes procesales, como tiempo y gastos innecesarios e incertidumbre jurídica.

Se recomienda hacer uso del careo, para dar mayor validación a las testimoniales; y con ello evitar que en instancias superiores estas sean materia de controversias.

Finalmente se recomienda al público en general, utilizar adecuadamente la doctrina y jurisprudencia nacional sobre el tratamiento jurídico del delito de Tráfico Ilícito de Drogas y sus agravantes; para si demostrar una adecuada defensa y con ello una buena administración de justicia.

REFERENCIAS

- Abogados penalistas. (8 de Julio de 2017). *Consultas-abogados.es*. Obtenido de <http://consultas-abogados.es/objeto-prueba-proceso-penal/>
- Bramont Arias Torres, L. A. (1997). *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- Carrión Lugo, J. (1998). *Comentarios al Código Procesal Civil* (Vol. V). Trujillo: Fondo de Cultura Jurídica.
- Castillo Cortes, L. B. (6 de Mayo de 2010). *Derecho Probatorio*. Obtenido de <http://derechoprobatorio2.blogspot.pe/2010/05/objeto-de-la-prueba.html>
- Equipo Docente DUED. (2011). *Derecho Penal III: Parte Especial II*. Lima: Universidad Alas Peruanas.
- Espino Medrano, W. C. (29 de Julio de 2012). *La etapa intermedia en el proceso penal peruano*. Obtenido de http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3270_5_01la_etapa_intermedia_en_el_proceso_penal_peruano_wilberd_espino.pdf
- Franco Apaza, P. D. (14 de Agosto de 2008). *Derecho & Sociedad*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/14/alcances-sobre-la-reparacion-civil-en-nuestro-codigo-penal/>
- Frisancho Aparicio, M. (2002). *Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero*. Lima: Jurista editores.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos - perspectivas criminales*. Lima: Jurista Editores.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2015). *Curso Elementos de Derecho Penal* (Quinta ed.). Lima: Legales Ediciones.
- Peña Cabrera, A., & Peña Cabrera, R. (2010). *Derecho penal - Parte especial* (Vol. IV). Lima: IDENZA.
- Ruda, J. J., & Novak, F. (2009). *El Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú: Una Aproximación Internacional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El nuevo proceso penal* (Primera ed.). Lima: Idemsa.