

La mínima intervención del derecho penal no es aplicable cuando no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 299 del Código Penal

No se puede invocar el principio de mínima intervención del derecho penal cuando no se ha probado que la droga encontrada al acusado era para su propio e inmediato consumo, así se encuentre dentro del peso permitido, por cuanto las circunstancias que rodearon al hecho, las pruebas actuadas en el plenario y la valoración de acuerdo con la lógica, la ciencia y las máximas de experiencias determinan que la droga fue ocultada en un lugar propicio para su comercialización diaria y al menudeo, por lo que no se advierte que la Sala haya interpretado incorrectamente el artículo 298 o haya incurrido en la falta de aplicación del artículo 299 del Código Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dos de febrero de dos mil veinticuatro

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación, por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal —en adelante CPP— (infracción de precepto penal material), interpuesto por **Julio César Jacinto Calderón** contra la Resolución n.º 24, sentencia de vista emitida el veintiocho de junio de dos mil veintidós por la Sala Superior Mixta-Mariscal Cáceres en Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que confirmó la de primera instancia, del primero de febrero de dos mil veintiuno, que lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas-microcomercialización de drogas, en agravio del Estado, y le impuso seis años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene. Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso

- 1.1. Concluida la investigación preparatoria, el fiscal provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Cáceres Juanjuí formuló requerimiento de acusación directa contra Julio César Jacinto Calderón por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas-microcomercialización de drogas, en agravio del Estado.

- 1.2. Al finalizar la etapa intermedia, esto es, una vez efectuada la respectiva audiencia de control de acusación, se dictó el auto de enjuiciamiento contra el citado imputado y se declaró la admisibilidad de determinados medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público, pues la defensa no ofreció ningún medio de prueba.
- 1.3. El Juzgado Penal Unipersonal citó a juicio oral, que se llevó a cabo de manera pública. Realizado el contradictorio, se concluyó con la Resolución n.º 17, sentencia del primero de febrero de dos mil veintiuno (folios 284 a 294), que lo condenó como autor del citado delito; con lo demás que contiene.
- 1.4. La defensa interpuso recurso de apelación contra la mencionada sentencia, que fue de conocimiento de la Sala Superior Mixta de Mariscal Cáceres en Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Llevada a cabo la respectiva audiencia, dicho órgano jurisdiccional emitió la sentencia de vista el veintiocho de junio de dos mil veintidós, que confirmó la sentencia de primera instancia.
- 1.5. Por ello, la defensa del sentenciado interpuso recurso de casación, que fue concedido por la Sala de Apelaciones, y esta Suprema Sala admitió el recurso de casación por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3, del CPP (precepto penal material). Elevados los autos, se cumplió con el traslado a las partes procesales por el plazo de diez días.
- 1.6. Cumplido con lo señalado en el artículo 431, numeral 1, del CPP, mediante decreto del veintinueve de diciembre de dos mil veintitrés, se cumplió con señalar como fecha para la audiencia de casación el miércoles veinticuatro de enero del presente año.
- 1.7. La audiencia de casación fue realizada el día indicado. Concurrió el abogado Romel Gutiérrez Lazo, defensor del recurrente Jacinto Calderón.
- 1.8. En la audiencia de casación la defensa alegó que, para que se cumpla con lo previsto en el artículo 298 del Código Penal, la droga debe estar destinada al tráfico. La Sala Superior determinó que la droga encontrada no era para su consumo; sin embargo, de la pericia forense de droga la muestra correspondía a un peso neto de un gramo de pasta básica de cocaína, la que se agotó en el examen; mientras que el artículo 299 del código acotado establece que la cantidad de droga para su consumo no debe sobrepasar los cinco gramos de dicha sustancia, por lo que debe tenerse presente que a la fecha de los hechos su patrocinado era consumidor. En consecuencia, de conformidad con el principio de mínima intervención, solicitó que se declare fundado su recurso de casación.
- 1.9. El desarrollo de la audiencia consta en el acta correspondiente. Luego de que culminó, la causa fue objeto de deliberación en sesión privada, se

procedió a la votación respectiva y se acordó la emisión de la presente sentencia de casación.

Segundo. Imputación fáctica

- 2.1. El procesado se encuentra recluso en un establecimiento penitenciario por otro delito. El diez de diciembre de dos mil quince por la tarde el personal del Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE), acompañado de efectivos de la Policía Nacional del Perú, el defensor público y dos fiscales, tras efectuar una requisita en el pabellón A, segundo piso, celda 8 (que consta de ocho camas), encontraron en la cama 4 cincuenta y tres envoltorios y cuatro celulares (hechos atribuibles a sus coprocesados).
- 2.2. Posteriormente, al revisar los kioscos, el agente penitenciario Juanito Rupay Chuquizuta, en el kiosco n.º 3, de propiedad del interno Fidel Espinoza Ortega, quien tenía como ayudante al interno Jacinto Calderón, encontró sobre un estante de madera, en el interior de una caja de condimentos Sibarita, dentro de una bolsa plástica transparente, treinta y siete envoltorios tipo ketes confeccionados con papel de revista que contenían en su interior una sustancia parduzca pulverulenta con olor característico a pasta básica de cocaína.
- 2.3. Ambos hallazgos de droga, al ser sometidos a la prueba de campo, orientación y descarte, arrojaron positivo para alcaloide cocaína. Los encontrados en la cama de Ríos Apuela tenían un peso bruto de 2.4 gramos y los del kiosco un peso bruto de 2.2 gramos.

Tercero. Fundamentos de la impugnación

- 3.1. La defensa invocó las causales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP.
- 3.2. Asimismo, agregó que no se tuvo en cuenta que el tipo penal de microcomercialización, previsto en el artículo 298, segundo párrafo, del Código Penal, tiene un carácter de trascendencia interna, es decir, no solo basta con la posesión de la sustancia ilícita, sino que se exige la finalidad específica de que la droga esté destinada al tráfico.
- 3.3. Propuso como tema para el desarrollo de doctrina jurisprudencial si es procedente la aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal en los casos de microcomercialización en los cuales el peso de la droga no exceda los mínimos de posesión no punible previstos en el artículo 299 del Código Penal.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Primero. Análisis sobre la causal de casación admitida

- 1.1. Procede el análisis del recurso excepcional interpuesto desde la causal prevista en el artículo 429, inciso, 3 del CPP, infracción de precepto

penal material, a fin de someter a control jurídico lo resuelto por la Sala de Apelaciones y determinar si incurrió en una errónea interpretación del artículo 298 del Código Penal y en una falta de aplicación del artículo 299 del citado código invocado por el recurrente dentro del marco del principio de mínima intervención del derecho penal.

1.2. Según la descripción fáctica de la acusación fiscal, en la fecha de los hechos, en el interior del Establecimiento Penitenciario de Juanjuí, donde el procesado Jacinto Calderón venía purgando condena por otro delito (violación sexual), personal del INPE, junto con personal policial y fiscal, efectuó una requisita en los ambientes del kiosco donde dicho procesado era ayudante de otro interno (Fidel Espinoza Ortega). En esas circunstancias, en un estante de madera, dentro de una caja de sazónador Sibarita, se encontró una bolsa de plástico pequeña cuyo contenido era la cantidad treinta y siete paquetes tipo kete, y al realizarse el examen pericial químico respectivo este arrojó el peso bruto de 2.2 gramos de pasta básica de cocaína.

1.3. La ley penal contempla en su artículo 298, inciso 1, y último párrafo del Código Penal lo siguiente:

1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína [...]. La pena será privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y de trescientos sesenta a setecientos días multa cuando el agente ejecute el delito en las circunstancias previstas en los incisos 2, 3, 4, 5 o 6 del artículo 297 del Código Penal¹.

El último párrafo del artículo 298, prescribe que la pena se agrava si concurre alguna de las agravantes del artículo 297 en mención, y por la descripción fáctica de la acusación concurre la prevista en el inciso 4, referente a cuando el hecho es cometido en el interior de un lugar de reclusión. Asimismo, el artículo 299 del citado código señala que “no es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína”.

1.4. Por lo tanto, queda claro que la conducta penalmente reprochable al recurrente es la microcomercialización de droga, conforme se ha acreditado con las pruebas documentales, periciales y testimoniales introducidas al juicio oral (el acta de intervención policial; el acta de hallazgo y comiso de droga; el acta de prueba de campo, orientación y descarte, pesaje y lacrado de droga; el informe pericial forense de droga, y la testimonial de Juanito Rupay Chuquizuta), de donde, primero, se debe analizar la cantidad de droga y, segundo, determinar si cumple con los supuestos de no punibilidad.

1.5. El acusado Jacinto Calderón fue examinado en el juicio oral. Refirió que encontró la bolsita transparente que contenía la droga por una cuneta,

¹ Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 982, del veintidós de julio de dos mil siete.

cuando se dirigía a los servicios higiénicos; que no la abrió y solo la guardó; luego la llevó al kiosco y la puso en la caja de Sibarita aproximadamente por un mes, y se olvidó. Sin embargo, también señaló que en el establecimiento penal mensualmente hacían requisas y que a la fecha en que fue examinado en juicio oral no consumía drogas, pero antes sí, refiriéndose a la fecha de los hechos. Indicó que era consumidor, pero no adicto y que dejó de consumir cuando sucedió ese problema y se encontraba arrepentido.

- 1.6. Asimismo, la labor que desempeñaba en el kiosco era la de ayudante del propietario, el también interno Fidel Espinoza Ortega, donde expendían diversa variedad de comidas. Se trataba de un economato, esto es, un establecimiento que vendía a precios reducidos artículos de primera necesidad. Por ello, se entiende que era de alta concurrencia diaria dentro del centro de reclusión.
- 1.7. El Juzgado Penal Unipersonal, desde el análisis al juicio de tipicidad, encuadró el comportamiento del acusado en el delito de microcomercialización o microproducción, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 298, inciso 1 (la cantidad de droga no sobrepasa los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína) del Código Penal, concordante con el último párrafo (cuando el agente ejecute el delito en las circunstancias previstas en los incisos 2, 3, 4, 5 o 6 del artículo 297 del Código Penal, cuando el hecho es cometido en el interior de un establecimiento de reclusión). En cuanto al bien jurídico, el delito es de peligro abstracto, es decir, no requiere para su consumación de resultados diferentes a la realización plena de las conductas tipificadas², respecto a los elementos estructurales del tipo, se tiene que el sujeto activo puede ser cualquier persona y el sujeto pasivo, la colectividad que es representada por el Estado como agraviado, el elemento objetivo del tipo la conducta típica y el tipo subjetivo debe ser a título de dolo.
- 1.8. La defensa alega que en la sentencia no hubo evaluación de la tendencia interna trascendente. Refiere que el delito es doloso y, por lo tanto, debió establecerse esa condición. Sobre dicha alegación, que ya se abordó en la sentencia de vista, queda determinado que el imputado en el establecimiento también habría comercializado droga aprovechando que se trataba de un expendio que vendía diversos productos; tanto así que tenía escondida dicha sustancia para que la requisita no advirtiera ello, pues este era ayudante en un economato donde se expendían productos de diario consumo entre los propios internos, por lo que también resultaba idóneo para comercializar artículos ilegales. No se ha establecido que la droga era para su inmediato consumo. El propio imputado ha referido que ya no consumía droga a raíz del problema judicial que tuvo (en referencia al delito de violación por el que estaba en prisión).

² https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf

En consecuencia, la conclusión a la que arriba la sentencia de vista resulta correcta.

- 1.9. La aplicación del artículo 299 del Código Penal que reclama el recurrente requiere dos condiciones: posesión mínima de droga y prueba suficiente de ser consumidor, condiciones que en este caso no se complementan, pues solo se tiene la pequeña cantidad de droga encontrada y no hay evidencia de que el imputado sea consumidor. Por lo tanto, estando a las circunstancias en que fue encontrado, en el contexto en que se desarrollaron los hechos, es evidente que la droga estaba destinada a la comercialización dentro de un establecimiento penal.
- 1.10. El referido artículo 299 indica que, para que no sea punible dicha conducta, no debe sobrepasar los cinco gramos y que sea para su propio e inmediato consumo. En el presente caso, la carga de la prueba se invierte del lado de la parte acusada, es decir, esta debió probar que la droga encontrada dentro del estándar del peso debía ser para el consumo del acusado. Así, no basta el dicho del procesado para acreditar que es consumidor; ello deberá probarse, y del juicio no se advierte que la defensa haya ofrecido, por decir, la pericia toxicológica que pruebe que el acusado a la fecha de los hechos era consumidor. Cabe destacar además que, según propia referencia, la tenía guardada más de un mes, lo que evidencia que dicha droga no era para el consumo inmediato.
- 1.11. Por otro lado, a pesar de que el peso de la sustancia conforme a la pericia forense de droga era de un peso bruto de 2.2 gramos y neto de un gramo de pasta básica de cocaína, no se puede dejar de advertir que la cantidad de ketes encontrados era de treinta y siete, lo cual excede por máximas de experiencia lo que una persona puede consumir inmediatamente; más aún si esta se encuentra recluida en un establecimiento penitenciario donde, a decir del propio acusado, se realizaban requisas e inspecciones por parte de la autoridad penitenciaria. Tanto más si el procesado inicialmente refirió haber encontrado la droga en una bolsa transparente y no sabía qué contenía y tan solo la guardó, versión no razonable, puesto que uno esconde algo solamente cuando conoce su contenido. En consecuencia, el análisis que realizó la sentencia recurrida resulta lógico y razonable, por lo que la subsunción del tipo penal previsto en el artículo 298, inciso 1, concordante con el último párrafo del citado artículo resulta legalmente aplicada e interpretada, tal como lo efectuó la Sala en su análisis valorativo.
- 1.12. Por último, es cierto que el principio de la mínima intervención del derecho penal o de *ultima ratio* resulta de aplicación en casos en los que no se alcanza una perturbación social de implicancia y/o de relevancia penal. Sin embargo, en el presente caso, se tiene que valorar también que el agente no era una persona con pleno goce de sus derechos y

facultades, sino un interno que venía purgando condena en un establecimiento penitenciario por otro delito, lo cual lo ubicaba con una doble responsabilidad de acatar las reglas y el comportamiento social del propio establecimiento penitenciario, así como no incurrir en alguna conducta contraria a la ley penal. Tanto más si ello tiene como fin el cumplimiento de las funciones de la pena, dentro de las que se encuentra la resocialización del penado.

- 1.13. En este caso específico, dicha invocación no tiene validez, debido a que la conducta de ingresar al penal una sustancia ilegal y luego esconderla para comercializarla implica no solo el hecho delictivo, sino una conducta recurrente del imputado, quien a pesar que purga carcelería por otro delito no ha dudado en seguir infringiendo la norma, lo que determina que la intervención penal en este caso esté plenamente justificada.
- 1.14. En consecuencia, se determina que la Sala de Apelaciones emitió la sentencia de vista con arreglo a ley, por lo que no debe ser casada, y no es de recibo el recurso de casación, por lo cual corresponde declararlo infundado y ha de confirmarse la sentencia de vista.
- 1.15. En cuanto a las costas procesales, el inciso 2 del artículo 504 del CPP establece la obligación del pago de costas a quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme al inciso 2 del artículo 497 del citado cuerpo legal. Por lo tanto, atendiendo a la decisión asumida, corresponde su imposición. Tales costas serán liquidadas por la Secretaría de esta Suprema Sala y ejecutadas por el secretario del Juzgado de Investigación Preparatoria de la sede de origen.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 429 del CPP (infracción de precepto penal material), interpuesto por **Julio César Jacinto Calderón** contra la Resolución n.º 24, sentencia de vista emitida el veintiocho de junio de dos mil veintidós por la Sala Superior Mixta-Mariscal Cáceres en Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que confirmó la de primera instancia, del primero de febrero de dos mil veintiuno, que lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas-microcomercialización de drogas, en agravio del Estado, y le impuso seis años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.
- II. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del veintiocho de junio de dos mil veintidós.

- III. CONDENARON** al recurrente al pago de las costas procesales, que serán liquidadas por la Secretaría de esta Suprema Sala y ejecutadas por el secretario del Juzgado de Investigación Preparatoria correspondiente, conforme al artículo 506 del CPP.
- IV. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y que, acto seguido, se notifique a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.
- V. ORDENARON** que se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior y que se envíe el expediente a ese órgano jurisdiccional para la continuación, por quien corresponda, de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria; asimismo, que se archive el cuaderno de casación en la Corte Suprema.

Intervino el señor juez supremo Peña Farfán por licencia del señor juez supremo Luján Túpez.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

IASV/gmls