

conformidad con lo dispuesto en el primer apartado del artículo 301° - A del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: declararon

I. NO HABER NULIDAD la sentencia conformada del veinte de julio de dos mil quince -fojas ciento treinta y seis- que condenó a Jorge Félix Pinto Zavala como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en agravio de Nataly Claudia Camarena Zegarra, a cinco de pena privativa de libertad, la misma que computada desde el veinte de agosto de dos mil veintiuno, por cumplimiento de pena recaída en el Exp. N° 6322-2013, vencerá el diecinueve de agosto de dos mil veintiséis.

II. DISPUSIERON que el fundamento jurídico 3.1 de esta Ejecutoria Suprema constituye precedente vinculante.

III. MANDARON su publicación en el diario oficial El Peruano y en el portal o página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1451365-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 659-2014
PUNO

SUMILLA: El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio *tempus regit actum*; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales mediando reglas específicas en los artículos 374° y 397° del Código Procesal Penal, tal como señala la sentencia recurrida. Sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica. En tal sentido, el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 se debe aplicar en los casos regulados por éste

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de mayo dos mil dieciséis.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista del veintiocho de marzo de dos mil catorce -fojas mil sesenta y cinco-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y, **CONSIDERANDO**

I.- ANTECEDENTES

1.1. IMPUTACIÓN FISCAL

1.1.1. Según la acusación fiscal -fojas uno y siguientes, subsanado a fojas cincuenta del cuaderno de debates- se atribuye a los encausados Jean Paul Velásquez Grandez -Alfárez P.N.P.-, Jorge Andrés Acasiete Arcos -SOT2 P.N.P.-, Julio César Díaz Arenas -SO3 P.N.P.- y Benito López Elaje -SOT2 P.N.P.-, que el siete de setiembre de dos mil once, a las catorce horas con cuatro minutos, a

mérito de información reservada, personal de la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, conjuntamente con efectivos policiales, efectuaron una intervención en el Puesto de Vigilancia Fronterizo de Tilali de la Provincia de Moho-Puno, hallando en el suelo de la parte posterior de dicha instalación policial, a una distancia de 11.5 metros aproximadamente con dirección hacia la parte baja, un hoyo circular con bordes de piedras y en su interior se encontró una mochila de color azul con la inscripción "SPORT DOITE", pertenecientes a los citados encausados.

1.1.2. Posteriormente, siendo las catorce horas con treinta y ocho minutos aproximadamente del mismo día se procedió a efectuar la apertura de la mochila donde se halló doce paquetes de forma cuadrangular con características para alcaloide de cocaína. Asimismo, el representante del Ministerio Público se constituyó en la oficina del Alfárez P.N.P. Jean Paul Velásquez Grandez y estando en presencia de todos los intervenidos, se encontró gránulos parduscos sobre el escritorio, por lo que al ser sometido a la prueba de campo dio resultado positivo para cocaína. Luego, al ser trasladados los acusados y la droga a las instalaciones del DEPANDRO P.N.P. -Juliaca se procedió a efectuar la prueba de campo para descarte de droga y pesaje de los referidos paquetes, empleándose el reactivo resultando positivo para alcaloide de cocaína con un peso bruto total de 12.028 kg.

1.1.3. Los hechos descritos precedentemente fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como delito contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, en su forma de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas mediante actos de tráfico agravado, tipificado en el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal -tipo base- y agravado por el artículo 297°, primer párrafo numerales 1, 4 y 7 del mismo Código, solicitando 20 años de pena privativa de la libertad efectiva, así como 220 días multa, equivalente a 1,732.50 soles e inhabilitación por el plazo de cinco años, y reparación civil de veinte mil soles en forma solidaria.

1.2. ITINERARIO DEL PROCESO.

1.2.1. La sentencia de primera instancia del diez de octubre de dos mil trece -fojas veintinueve- señaló en su fundamento jurídico 5.5 que la defensa técnica de los referidos acusados cuestionó la calificación jurídica postulada por la Fiscalía indicando que no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal [descrito precedentemente], sin embargo el Fiscal en su requerimiento acusatorio indicó que la conducta de éstos se subsume al tipo penal en la modalidad de tráfico ilícito de drogas, en su modalidad de promoción al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico agravado, ilícito previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal, concordante con los incisos 1, 4 y 6 del artículo 297° del referido Código; empero los hechos expuestos en el requerimiento acusatorio escrito y oral se subsumen a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 296° [El que posea drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas] y considerando que el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, en su fundamento jurídico 1, indica que "Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica y aun cuando no se ha planteado la tesis es una posible desvinculación en los casos manifiesto de error de evidencia de la opción jurídica correcta fácilmente constatable por la defensa, por lo que no se produce un supuesto de indefensión en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación (...)", por lo que el Colegiado Superior puede modificar la calificación jurídica, pues lo correcto es que se trata de delito de tráfico ilícito de drogas, en su forma de posesión de drogas con fines de tráfico ilícito, previsto en el segundo párrafo del artículo 296° del citado Código, con las agravantes contenidas en los incisos 1, 4 y 6 del primer párrafo del artículo 297° del referido Código adjetivo; razones por las cuales los imputados fueron condenados a diecisiete años de pena privativa de libertad; con los demás que contiene.

1.2.2. Dicha decisión fue apelada por el representante del Ministerio Público y por los encausados, emitiéndose la sentencia de vista del veintiocho de marzo de dos mil catorce -fojas mil sesenta y cinco- señalando, en el

fundamento jurídico 8, que el artículo 397°, inciso 2 del Código Procesal Penal preceptúa que "En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374° del citado texto adjetivo". Adiciona que la sentencia materia de grado aplicó el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 que determina la desvinculación procesal que da alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, sin embargo debió aplicar lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 374° del Código Procesal Penal, mediante el cual el Juzgado Colegiado de observar la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no fue considerada por el Fiscal, deberá advertir a las partes y efectuar el procedimiento respectivo. De modo que, se aprecia que el Juzgado Colegiado de oficio procedió a modificar la calificación jurídica de los hechos sub materia; razones por las cuales generó indefensión a los encausados al no realizarse la contradicción, por tanto dentro de las facultades conferidas al Juzgador en el artículo 150° del Código Procesal Penal, que regula la solicitud de nulidad al inobservar las garantías constitucionales a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, conexo con el derecho de defensa -previstas en los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, respectivamente-, por tanto declaró nula la sentencia de primera instancia y dispuso la realización de un nuevo juicio oral.

1.2.3. Ante la referida sentencia de vista, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación -fojas ciento setenta y tres-; sin embargo, fue desestimado mediante la resolución del veintidós de abril de dos mil catorce -fojas ciento setenta y ocho- indicando que si bien no es una resolución recurrible vía casación, no obstante las razones que expone para el desarrollo jurisprudencial que pretende no son suficientes. Dicha decisión fue impugnada por el citado representante al interponer recurso de queja -fojas ciento ochenta y seis-

, siendo estimado mediante la Ejecutoria Suprema del treinta de junio de dos mil catorce -fojas tres del cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia-.

1.2.4. En mérito a ello, este Tribunal Supremo admitió el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público mediante la Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo de dos mil quince -fojas cuarenta y dos del cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia-, señalando que éste consignó adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de doctrina jurisprudencial que pretende y precisando el alcance interpretativo de alguna disposición y el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado para enriquecer el tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial; por ello, es necesario dilucidar "Si el Acuerdo Plenario N° -04-2007/CJ-116, el cual otorga alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y brinda pautas para la institución de la desvinculación jurídica realizada por el Juez, pueden ser aplicables en casos que se tramiten bajo las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004".

1.2.5. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el diez de mayo de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

2.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas: (a) la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia, asegurando

Descubre lo nuevo que tiene
www.andina.com.pe

El éxito de una web radica cuando se vuelve útil para nuestras vidas

andina
AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS

MEDIOS PÚBLICOS
PARA SERVIR AL PÚBLICO

Editora Perú

el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y, (b) la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional, dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.

2.2. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.2.1. El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

2.2.2. Es así que como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el objeto de análisis para esta Sala Suprema es la necesidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a que "Si el Acuerdo Plenario N° -04-2007/CJ-116, el cual otorga alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y brinda pautas para la institución de la desvinculación jurídica realizada por el Juez, pueden ser aplicables en casos que se tramiten bajo las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004".

2.3. RESPETO AL INSTITUTO DE LA DESVINCULACIÓN PROCESAL

2.3.1. Los presupuestos de observancia obligatoria que deben considerarse para la modificación de la calificación jurídico-penal de la hipótesis fáctica del proceso penal fue desarrollado o tratado por los autores nacionales como el *principio de determinación alternativa*. Por ello, explicaremos brevemente cómo se adoptó ese principio en nuestro ordenamiento jurídico procesal, el cual tiene plena vigencia pese al cambio normativo procesal penal que aún falta implementarse en su totalidad en nuestro país.

2.3.2. Desde finales de 1997, la Corte Suprema de la República a través de su Sala Penal Permanente dio a luz un nuevo, y hasta cierto punto, en lo que a nombre se refiere, original principio de derecho, de naturaleza mixta: sustantiva y procesal, por el cual se autoarrogaba la facultad de variar la calificación legal del supuesto de hecho ilícito denunciado por el representante del Ministerio Público, y consiguientemente determinar la pena en base a dicha nueva calificación. Se formuló así el principio de *determinación alternativa*, el mismo que, según sus mentores, requiere la existencia necesaria de cuatro requisitos básicos: a) Homogeneidad del bien jurídico, b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas, c) Preservación del derecho de defensa, y d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos al momento de realizar la adecuación al tipo¹.

2.3.3. Hasta entonces los Jueces Supremos habían acudido al procedimiento llamado "*adecuación de fallo al tipo penal*". Por este mecanismo, los magistrados podían variar la tipificación del delito por el que se había venido procesando al justiciable, dentro de ciertos límites: principalmente que se trate de figuras penales ubicadas dentro de un mismo rubro típico (delitos contra el patrimonio, delitos contra la vida, delitos contra la administración pública, etc.). Prerrogativa que no obstante carecer de una base legal taxativa fue legitimada jurisprudencialmente. Se anotó como una deficiencia doctrinaria de este mecanismo regulador, el hecho de no haber sido fundamentado teóricamente, situación que será corregida al formularse el principio de determinación alternativa².

2.3.4. En ese sentido, el diecisiete de agosto de dos mil cuatro, se incorporó el artículo 285-A del Código de Procedimiento Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica, la misma que fue planteada en la Ejecutoria Suprema del 3 de julio de 2006, recaída en el Recurso de Nulidad N° 2490-2006, y luego en el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 (desvinculación procesal-alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales)

2.3.5. En dicho Acuerdo Plenario, en el fundamento jurídico 9, establece cuáles son las diferencias entre el objeto del proceso penal y objeto del debate, siendo el primero el fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio -eje de esa institución procesal- y de contradicción. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación. El principio de exhaustividad, a su vez, impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha por el acusado -que es lo que se denomina, propiamente, el *objeto del debate*-. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes -civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se debe tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de limitar su cognición a los términos del debate.

2.3.6. Aunado a ello, el fundamento jurídico 11 del citado Acuerdo Plenario, señala la posibilidad del Tribunal de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa de poder introducir al debate la tesis de desvinculación, asimismo cómo la tipificación del hecho punible puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque existe un error en la subsunción normativa, según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación; siendo que en ambos casos, el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer medios de prueba, a fin de que se concrete el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de cargo.

2.3.7. Además, en el fundamento jurídico 12, señala que "(...) Tratándose de un supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa, y que no se produce indefensión, en tanto que todos los puntos pudieron ser debatidos en la acusación; en este caso el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes".

Desvinculación en la norma procesal penal

2.3.8. En el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales establece la posibilidad de modificación de la calificación penal, siendo la siguiente:

1. La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283.

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso -si resultara pertinente y necesario- a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267 (...).

2.3.9. Mientras que el artículo 374° del Código Procesal Penal del 2004, señala:

1. Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

2. Durante el juicio el Fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica.

3. En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

2.3.10. Por otro lado, artículo 397° del Código Procesal Penal señala la correlación entre la acusación y la sentencia, señalando:

1. La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado.

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374.

3. El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.

2.3.11. Según el artículo 150° del Código Procesal Penal regula sobre la nulidad absoluta, señalando lo siguiente:

"No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;

b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;

c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;

d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

2.3.12. A su vez, el artículo 150° del Código Procesal Penal indica en qué casos procede la nulidad relativa, los cuales se detallará a continuación:

"1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca.

2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.

3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto.

4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva".

3. ANÁLISIS PARA EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

3.1. La desvinculación jurídica -instituto procesal- tiene como antecedente un supuesto procesal que generó un conflicto cuya resolución se pretende realizar mediante su aplicación práctica; por lo que, una configuración derivada de un condicionamiento de carácter empírico comprobado durante el desarrollo del proceso: el *error iuris* en la aplicación del derecho material al realizar la operación de subordinación de los hechos objeto de imputación, es decir, un juicio de tipicidad defectuoso que deber ser enmendado durante el séquito del proceso, a fin de conjurar la posibilidad de sembrar futuras nulidades que hagan estéril el esfuerzo judicial en la solución jurídico penal de un caso práctico. Ello ostenta una implicancia muy cercana con el derecho de defensa y para su procedencia, requiere la concurrencia de determinados requisitos que fueron asentados en la doctrina jurisprudencial desde la época que se aplicó la desvinculación procesal con la nomenclatura de determinación alternativa. Como señala Carlos Escobar Antezano "(...) Para los supuestos en el que se aplica la desvinculación procesal es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación que son a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa; y, d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal (...)".³

3.2. Aunado a lo anterior expuesto, cabe señalar que el supuesto procesal que impulse la necesaria aplicación de una salida alternativa a través de la pauta señalada por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales corresponde a que la Sala plantee la tesis de una imputación más grave, les brinde a las partes la posibilidad de desarrollar una nueva tesis en base a la irrupción, en el escenario del juicio, de una circunstancia modificadora de los términos del juicio de subsunción normativa inicial en base a los nuevos términos del juicio de subsunción normativa inicial en base a los nuevos términos, a fin de precaver que medie la necesaria correspondencia y coherencia con el juicio histórico oficialmente asentado. En los casos de una necesaria agravación de los términos de la acusación, se procederá conforme a la pauta procesal prevista en el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, tal como lo manda el propio artículo 285-A, inciso 1) y el artículo 374, inciso 1) del Código Procesal Penal así como el artículo 397°, inciso 2) del mismo Código. Situación jurídica procesal distinta a la prevista por el artículo 349°, inciso 3) del Código Procesal Penal, desarrollada doctrinariamente por el Acuerdo Plenario número 06- 2009/CJ-116 que contempla los casos en que el propio Fiscal plantee una acusación alternativa o subsidiaria, además de una principal. En los supuestos indicados, es el Juzgador el que plantea la tesis generada dialécticamente como consecuencia de la actividad del plenario, por la necesidad de agotar absolutamente el examen de los hechos materiales y su correlato sustantivo en la ley penal sustantiva, por principio de exhaustividad.

3.3. En ambos cuerpos normativos subyace la regulación de las mismas, fórmulas desvinculatorias de la subsunción jurídico penal original, el derecho a contradecir con conocimiento previo y cabal de los cargos traducidos jurídicamente como aplicación práctica de un derecho de defensa activo. Así, tal como lo prevé el fundamento jurídico 12 del Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116 que es extensivo a ambas legislaciones procesales porque regulan y franquean la posibilidad que el Tribunal en los supuestos de la concurrencia de circunstancias calificadas también para el caso de que no concurren en aplicación del principio *a maiorem ad minus* [se aplica a

calificaciones ventajosas, prescripciones positivas o leyes permisivas, de una forma bastante simplista se puede enunciar bajo el anunciado: "el que puede lo más puede lo menos" supuesto que no afecta el derecho de defensa por tratarse de sub tipos de menor intensidad dentro del mismo bien jurídico manteniendo la inmutabilidad de los hechos y sobre los que se ha desarrollado un ejercicio amplio de la defensa.

3.4. Es evidente que, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso regula el principio *tempus regit actum* tal como lo desarrolla el Acuerdo Plenario Número 01-2007/ESV-22; por lo que, no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales mediante reglas específicas en los artículos 374° y 397° del Código Procesal Penal, tal como señala la recurrida; sin embargo, no justifica la invalidez normativa de la sentencia de primer grado, por fundarse en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos Códigos que coexisten en la actividad jurisdiccional nacional, más aún no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica.

3.5. De lo expuesto, se colige que el Acuerdo Plenario número 04-2007/CJ-116 es concurrente, porque la determinación alternativa o desvinculación es una institución del proceso penal destinada desde un punto de vista instrumental, a conjurar o remediar casos excepcionales al principio acusatorio, derivados de un requerimiento fiscal de acusación constreñido por un error de calificación inicial que actúa como camisa de fuerza o corsé jurídico, impidiendo una adecuación típica dentro del principio de *corrección normativa* del juicio de tipicidad inicial, en aplicación de un rigor técnico-legal a que está obligada la Sala de Mérito para el esclarecimiento del hecho, de sus circunstancias y de la participación criminal efectiva de los imputados.

3.6. En ese orden de ideas, si el Juzgador advierte que existe un error en la calificación que no genera la nulidad puede ser corregido al momento de la desvinculación [existiendo una limitación al principio *iura novit curia*, conforme lo señala el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116], salvaguardando las garantías constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene todo justiciable, bajo los principios de celeridad y economía procesal.

3.7. En mérito a los fundamentos descritos precedentemente, se infiere que el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, al desarrollar el mismo instituto procesal contenido en las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 [consignadas en líneas arriba] se debe aplicar en los casos regulados por éste.

3.8. En atención a ello, en el presente caso la Sala Penal de Apelaciones declaró nula la sentencia de primera instancia al considerar que tenía un vicio insubsanable, pues para desvincularse de la conducta de los imputados aplicó el Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116, el mismo que no otorga directrices para ser empleado por el artículo 374°, numeral 1) del Código Procesal Penal, sino para el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. Al respecto, cabe señalar que la decisión determinada en primera instancia [respecto a la desvinculación] en considerar que la conducta de los encausados no estaban subsumidas en el tipo penal descrito en el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal⁴ sino a previsto en el segundo párrafo⁵ de la cita norma sustantiva, no infringió las garantías constitucionales al debido proceso -conexo al derecho de defensa- y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal, señala que: "El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4)", mientras el segundo párrafo de la acotada norma indica que: "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", advirtiéndose que la

desvinculación jurídica está enmarcada dentro tipo penal homogéneo y no genera agravio alguno a los imputados respecto a la sanción punitiva; tal decisión no está revestida de un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso; toda vez que, el Juzgador advirtió que existe un error en la calificación el cual fue corregido, no infringiendo las garantías constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que revisten a los imputados; por tanto, este Tribunal Supremo considera que la recurrida debe declararse nula y con ello un nuevo pronunciamiento por otro Tribunal de Mérito.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

Declararon:

I.- **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público.

II.- **CON REENVÍO**, declararon: III. **NULA** la resolución de vista del veintiocho de marzo de dos mil catorce que declaró nula la sentencia de primera instancia que condenó a los encausados Jean Paul Velásquez Grandez, Jorge Andrés Acasiete Arcos, Benito López Elaje y Julio César Díaz Arenas como coautores de la comisión del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas, en su forma de posesión de drogas con fines de tráfico, tipificado en el segundo párrafo del artículo 296° del Código Penal como tipo base y las agravantes previstas en el artículo 297° del primer párrafo, numerales 1, 4 y 6, en agravio del Estado Peruano, a diecisiete años de pena privativa de libertad; con los demás que contiene.

III.- **ORDENARON** que otro Colegiado Superior emita un nuevo pronunciamiento conforme a Derecho.

IV.- **ESTABLECIERON** como desarrollo jurisprudencial el fundamento jurídico tres punto uno al tres punto siete de la presente sentencia casatoria.

V. **DISPUSIERON** que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

S.S

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

¹ CATAGORA GONZALEZ, Mantel. Manual de Derecho Procesal Penal, Rodhas, Lima, 1996.

² ROJAS VARGAS, Fidel. "Los principios generales del Derecho y el principio de determinación alternativa". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 13. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 1999.

³ ESCOBAR ANTEZANO, CARLOS. Revista oficial del Poder Judicial: Año 3 número 5/2009. Problemas en la aplicación de la Desvinculación Procesal. Principio de determinación alternativa: Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. Pág. 107. Lima- Perú.

⁴ (*) Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).

⁵ 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.