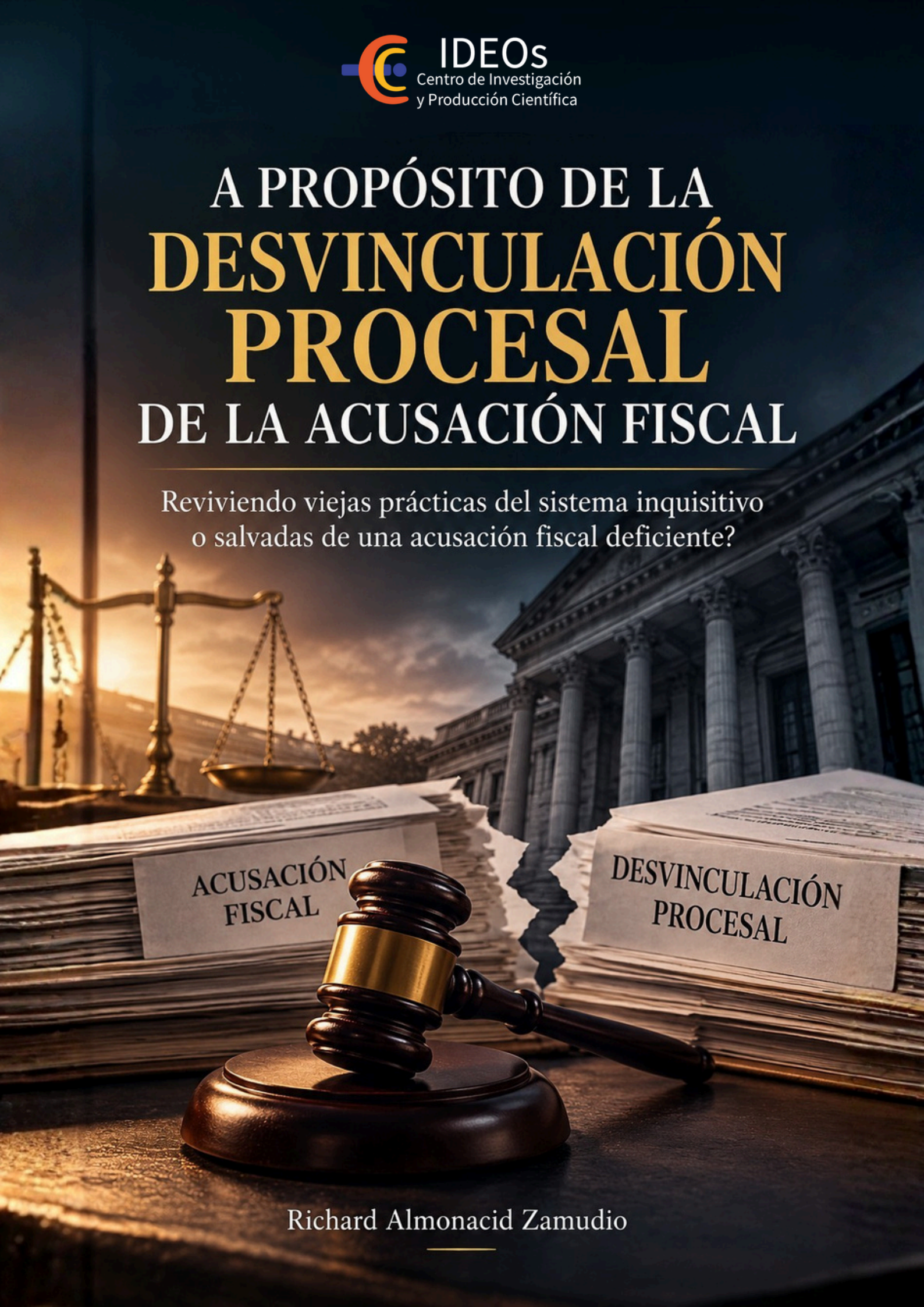
IDEOs
Centro de Investigación
y Producción Científica

A PROPÓSITO DE LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Reviviendo viejas prácticas del sistema inquisitivo o salvadas de una acusación fiscal deficiente?



Richard Almonacid Zamudio

A PROPÓSITO DE LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Reviviendo viejas prácticas del sistema inquisitivo o salvavidas de una acusación fiscal deficiente?

Editor

IDEOs
Centro de Investigación
y Producción Científica

A propósito de la desvinculación procesal de la acusación fiscal

Reviviendo viejas prácticas del sistema inquisitivo o salvadas de una acusación fiscal deficiente?

Richard Almonacid Zamudio

Editado por

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y PRODUCCIÓN CIENTÍFICA
IDEOS E.I.R.L

Dirección: Calle Teruel N° 292, Urb. Las Américas - Miraflores-Perú

RUC: 20606452153

Primera edición digital, Octubre 2026

Libro electrónico disponible en www.tecnohumanismo.online

ISBN: 978-612-5241-57-3

Depósito Legal N°: 202613663





Richard Almonacid Zamudio

richard.almonacid@unsch.edu.pe

https://orcid.org/0009-0009-2624-5456

Docente ASTC – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho - Perú

FORMACIÓN ACADÉMICA

- Maestro en Derecho Penal (2026)
- Grado de Doctor en Derecho (2020)
- Grado de Máster en "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica", con título propio de la Universidad de Alcalá – España (2012)
- Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (2004)

EXPERIENCIA PROFESIONAL

- Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSCH (actualmente)
- Docente ASTC de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga
- Miembro activo de la Asociación de Jueces, Fiscales y Abogados de Derechos Humanos en América Latina y el Caribe – AJUFIDH
- Pasante internacional en EE. UU., Puerto Rico, Panamá, Colombia, Costa Rica, Brasil, Argentina y Chile
- Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Junín, Huancavelica y Madre de Dios
- Presidente del Consejo Regional de Decanos de los Colegios Profesionales de Ayacucho – Conrede 2024-2025
- Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho, periodo 2024-2025
- Director fundador del estudio de abogados ALMONACID & ASOCIADOS S. Civil de R.L. Top Lawyers – Consultores Legales (hasta la fecha)
- Defensor Público del área de víctimas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Dirección Distrital de Ayacucho
- Juez (s) del Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga y del Juzgado Unipersonal de Huamanga del NCPP
- Juez (s) del Juzgado Especializado en lo Penal de Kimbiri – VRAEM
- Juez (s) del Juzgado Mixto del Distrito de Ayna – San Francisco – VRAEM
- Juez (s) del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga – Ayacucho
- Juez (s) del Juzgado Supraprovincial Nacional de Terrorismo y Derechos Humanos – Ayacucho
- Juez (s) del Juzgado de Paz Letrado de San Juan Bautista – Ayacucho
- Comisionado de la Defensoría del Pueblo, Oficina Defensorial de Ayacucho – área de DDHH (2010)
- Autor de las publicaciones "El Proceso Penal en el Sistema Acusatorio", "La Desvinculación Jurídica de la acusación fiscal" y "El requerimiento de acusación fiscal sin convicción", publicadas por la Editorial Académica Española (2024-2025)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN....6
LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL....8
1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ....8
2. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL....10
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940....15
4. ACUERDO PLENARIO N° 04-2007/CJ-116 (DESVINCULACIÓN PROCESAL- ALCANCES DEL ARTÍCULO 285-A DEL CDEPP)....21
5. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004....28
6. PROPUESTA DEL ITER PROCESAL DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA....29
6.1. Etapa de Juzgamiento....29
6.2. Actuación probatoria en el juicio oral....30
6.3. Presupuestos de la desvinculación jurídica....31
7. LA POSIBILIDAD DE UNA CALIFICACIÓN JURÍDICA....38
8. OPORTUNIDAD DE PLANTEAR LA TESIS DE DESVINCULACIÓN JURÍDICA....38
9. SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA....39
10. LAS FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ACTORES EN EL PROCESO....41
11. LA ACUSACIÓN FISCAL....42
12. LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU CORRELACIÓN CON LA SENTENCIA JUDICIAL....44
12.1. El problema concreto de la correlación....46
12.2. La correlación en cuanto a la calificación y la pena....49
13. LA VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES....53
13.1. El principio de iura novit curia....53
13.2. El principio de legalidad....54
13.3. El principio ne bis in ídem....54
13.4. El principio de contradicción....55
13.5. Derecho de defensa....56
13.6. El debido proceso....57
13.7. El principio acusatorio....58
13.8. Principio de congruencia o correlación de la acusación con la sentencia....59
14. CONCURSO REAL Y DESVINCULACIÓN JURÍDICA....60
15. LA DESVINCULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO....62
15.1. La experiencia española....62

15.2. El modelo chileno 63
15.3. El modelo colombiano 64
15.4. La tradición argentina y la doctrina latinoamericana 64
15.5. Síntesis comparada 65
16. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA DESVINCULACIÓN 66
16.1. Hecho, calificación jurídica y tipo penal 66
16.2. El principio iura novit curia y sus límites en el proceso penal 67
16.3. La separación de funciones entre acusar y juzgar 67
16.4. Tres categorías de error: calificación, hecho y omisión de circunstancias 68
16.5. La contradicción como garantía de previsibilidad 69
16.6. Favorabilidad y prohibición de reforma en perjuicio 69
16.7. Tempus regit actum y coexistencia de códigos 70
17. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SUPREMA ANEXADA 72
17.1. Casación N.° 533-2020-Ucayali 72
17.2. Casación N.° 659-2014-Puno 74
17.3. Recurso de Nulidad N.° 2122-2014-Callao 75
17.4. Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín 75
17.5. Recurso de Nulidad N.° 2160-2015-Lima 77
17.6. Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash 78
17.7. Recurso de Nulidad N.° 1261-2016-Callao 79
17.8. Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima 79
17.9. Recurso de Nulidad N.° 743-2012-Junín 80
17.10. Balance de la línea jurisprudencial 81
18. NULIDAD, MOTIVACIÓN Y VICIOS EN LA DESVINCULACIÓN 82
18.1. Vicios de motivación 82
18.2. Vicios de correlación 83
18.3. Vicios de procedimiento 83
18.4. Vicios de valoración probatoria 84
18.5. Consecuencias de la nulidad 85
18.6. Criterios para la prevención de nulidades 86
19. CRITERIOS OPERATIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DESVINCULACIÓN 87
19.1. Etapas del procedimiento 87
19.2. La advertencia escrita y su contenido 88
19.3. La suspensión de la audiencia y el plazo de cinco días 88
19.4. Las tres respuestas posibles de la fiscalía 89
19.5. La sentencia con desvinculación: requisitos de motivación 89
19.6. Control de la desvinculación en casación 90

20. CASOS HIPOTÉTICOS Y ANÁLISIS PRÁCTICO....91
20.1. Caso 1: Robo agravado y hurto agravado....91
20.2. Caso 2: Cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio....92
20.3. Caso 3: Violación sexual de menor y actos contra el pudor....92
20.4. Caso 4: Hurto y receptación....93
20.5. Caso 5: Lesiones durante un robo....94
20.6. Caso 6: Calificación errónea por error de la fiscalía en el control de acusación....95
20.7. Valoración de los casos....95
21. CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE REFORMA....96
21.1. Las críticas desde el principio acusatorio....96
21.2. Las críticas desde la eficacia del proceso....96
21.3. Las críticas desde la impunidad....97
21.4. Propuestas de reforma y de práctica....97
21.5. Sobre la formación de los operadores....98
22. CONCLUSIONES....99
23. GLOSARIO DE TÉRMINOS....101
24. PREGUNTAS FRECUENTES....103
BIBLIOGRAFÍA....106
ANEXOS DE DESVINCULACIÓN PROCESAL....108

INTRODUCCIÓN

Respecto, a la figura jurídica de la desvinculación de la acusación fiscal, surge en el año 1997, bautizada con el nombre de principio derecho, de naturaleza mixta: sustantivo y procesal, por el cual se auto arrogaba la facultad de variar la calificación legal del supuesto ilícito denunciado por el Representante del Ministerio Público, y consiguientemente determinar la pena en base a la nueva calificación.

Por este mecanismo procesal, los magistrados estaban facultados para variar la tipificación del delito por el que se venía 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.).

Ya en el Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, realizado en la ciudad de Ica, se acordó que, si bien era factible la desvinculación de la acusación en el extremo que propone cierta calificación jurídica del hecho y optar en la condena por un tipo penal distinto, por implicar una apreciación normativa de hechos, debía efectuarse bajo cuatro presupuestos: a) Homogeneidad del bien jurídico (el tipo penal de la condena debe afectar el mismo bien jurídico que el delito acusado); b) Inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) Preservación del derecho de defensa; y d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos; además se acordó que en la aplicación de estas reglas debían respetarse los principios de legalidad penal, de instrucción y de verdad material.

En dicho Pleno Jurisdiccional, se extendió la facultad del órgano jurisdiccional de desvincularse de la propuesta fiscal, fijando como límite el de no condenar por un delito más grave que aquella materia de acusación, por cuanto causaría indefensión; bajo este contexto se señaló que de estimarse que el delito perpetrado es más grave que el calificado por el Ministerio Público, se debía terminar por condenar por el delito acusado.

También se estableció que la desvinculación es una potestad exclusiva del órgano jurisdiccional, por tanto, el fiscal no podía desvincularse del tipo legal considerado en el auto de apertorio de instrucción.

Debemos precisar que el principio de *determinación alternativa* ha sido objeto de muchas críticas, las mismas que han estado dirigidas especialmente a la forma cómo se aplica en el proceso penal regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Exactamente, con fecha 17 de agosto de 2004, se incorporó el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica.

De lo expuesto, no significa, en modo alguno, que la calificación establecida en la acusación escrita quede inalterada. El Tribunal de juzgamiento puede corregir algunas imprecisiones que advierta en la calificación jurídica, la cual abarca también el título de intervención delictiva; sin embargo, esta facultad no es absoluta y debe formularse conforme a la regla expresamente estipulada en el artículo 374° del Código Procesal Penal.

LA DESVINCULACIÓN PROCESAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

REVIVIENDO VIEJAS PRÁCTICAS DEL SISTEMA INQUISITIVO O SALVAVIDAS DE UNA ACUSACIÓN FISCAL DEFICIENTE?

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

El artículo 139°, inciso 10 de la Constitución Política del Perú, reconoce como garantía judicial el principio de no ser penado sin proceso judicial.

La Constitución de 1979 prescribía en el inc. 9 del artículo 233°, la garantía de no ser penado sin proceso judicial, a la que agregó el derecho de defensa y la defensa gratuita a las personas de escasos recursos. La Carta vigente ha desdoblado este precepto en tres incisos del artículo 139°: 10, 14 y 16, respectivamente.

Un principio tradicional del Derecho Penal es aquel que establece el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial antes de ser condenada a cumplir una pena. Es aquí donde se presenta otra garantía fundamental proyectada sobre toda la actividad judicial: *Nullum poena sine iuditio*; esto es, no hay pena sin juicio previo (BERNALES, 1998).

Diversos cuerpos normativos sobre los derechos humanos recogen este principio. El artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, señala:

> *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".*

Norma parecida trae el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

> *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas".*

Aunque de naturaleza distinta por el hecho que presupone, el segundo párrafo del inc. 3 del artículo 139 -que a su vez era el apartado "1" del inc. 20 del art. 2 de la Carta de 1979- está vinculado al tema que comentamos, puesto que establece que *"ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".*

Asimismo, este principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> *"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9:*
>
> (…)
>
> *3.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

La pena no puede ser impuesta sino por un Juez imparcial, y según la norma procesal preestablecida al inicio del juicio, aunque no habrá problema en aplicar disposiciones procesales posteriores que beneficien al procesado, en aplicación del principio de retroactividad benigna establecida en el artículo 103 de la Constitución. La norma del derecho al debido proceso, así como las demás que contiene el inciso 3 del artículo 139, están estrechamente vinculadas con ésta (RUBIO, 1999: 109).

Resulta evidente, que no se trata solamente de que haya un proceso penal. Tiene que ser un proceso penal con las debidas garantías, como el derecho a la defensa y el contradictorio. De otro modo, no se habrá cumplido con ese mandato.

El no ser penado sin proceso judicial es uno de los principios del llamado Derecho Penal liberal, que se desarrolla en el mundo occidental a partir del siglo XVIII como una forma de dar garantias a las personas que, antes, prácticamente quedaban sometidas al arbitrio de los poderosos en los asuntos penales y desamparadas, en muchos casos, aún de la protección más elemental (RUBIO, 1999: 110).

La evolución de su contenido ha hecho que hoy en día este trascienda a la sanción penal para abarcar también a otro tipo de afectaciones o de sanciones -como las emitidas por órganos administrativos o particulares- que puedan recaer sobre las personas u otro tipo de sujetos de Derecho. Así, contemporáneamente la norma constitucional bajo comentario exige que ninguna persona o sujeto de Derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación (OBRA COLECTIVA, 2004); por lo tanto, implica también que ninguna persona u otro sujeto de Derecho pueda ser sorprendida o afectada con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer (HOYOS, 1996, p. 07). De vulnerarse esta exigencia la decisión que se emita será nula en la medida de que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal (MADRINA, 1985).

Para cumplir con esta exigencia no basta con que se inicie o tramite un proceso o procedimiento cualquiera. Es necesario que este respete aquellos elementos o garantías del debido proceso que son indispensables para que el proceso sea justo. En consecuencia, si el proceso o procedimiento iniciado para juzgar y sancionar a una persona es con vulneración de las garantías del debido proceso, o no es más que una mera sucesión de actos procesales sin ninguna razonabilidad, donde la imparcialidad e independencia del juzgador es una ficción, donde la justicia que se brinda no es efectiva y oportuna o cuando la decisión tomada por el juzgador es absurda, arbitraria o materialmente injusta; entonces, la exigencia prevista en el artículo 139°, inciso 10, de la Constitución no habrá sido satisfecha.

2. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

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: sustantivo y procesal, por el cual se auto arrogaba 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 la nueva calificación (CATACORA, 1996). Se formuló así, el principio de determinación alternativa, el mismo que, según sus mentores requiere la existencia necesaria de cuatro requisitos:

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 tipo.

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 venía 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 tomó como una deficiencia doctrinaria de este mecanismo regulador, el hecho de no haber sido fundamentado teóricamente, situación que sería corregida al formularse el principio de determinación alternativa (MIXAN, 2000).

En el Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 (ROJAS, F INFANTES, 2007), realizado en la ciudad de Ica, se acordó que, si bien era factible la desvinculación de la acusación en el extremo que propone cierta calificación jurídica del hecho y optar en la condena por un tipo penal distinto, por implicar una apreciación normativa de hechos, debía efectuarse bajo cuatro presupuestos:

a) Homogeneidad del bien jurídico (el tipo penal de la condena debe afectar el mismo bien jurídico que el delito acusado)
b) Inmutabilidad de los hechos y de las pruebas;

c) Preservación del derecho de defensa; y

d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos; además se acordó que en la aplicación de estas reglas debían respetarse los principios de legalidad penal, de instrucción y de verdad material

En dicho acuerdo plenario, se extendió la facultad del órgano jurisdiccional de desvincularse de la propuesta fiscal, tenía como límite el de no condenar por un delito más grave que aquel materia de acusación, por cuanto causaría indefensión; bajo este contexto se señaló que de estimarse que el delito perpetrado es más grave que el calificado por el Ministerio Público, se debía terminar por condenar por el delito acusado, dejándose constancia en el fallo de las razones de la discrepancia y los motivos que fundan la imposibilidad de reconducción de la calificación jurídica al delito más grave, esto a fin de evitar la impunidad de una conducta punible (ORÉ, 1999).

Asimismo, se estableció que la desvinculación es una atribución exclusiva del órgano jurisdiccional, por tanto, el fiscal no podía desvincularse del tipo legal considerado en el auto de apertorio de instrucción, debiendo en todo caso solicitar al órgano jurisdiccional la ampliación del auto apertorio de instrucción (ORÉ, 1999).

La jurisprudencia peruana, a lo largo del tiempo, ha intentado aclarar un concepto muy importante: la desvinculación jurídica. Aunque un juez tiene la facultad de cambiar la calificación legal de un delito, esta herramienta no es ilimitada y tiene sus fronteras claras.

Una de las reglas más importantes es que, si un juez cree que los acusados no cometieron el delito por el que fueron procesados, no debe intentar encajar los hechos en otro delito diferente. En ese caso, la única decisión correcta es dictar una sentencia absolutoria.

Un ejemplo perfecto de este principio se da en la diferencia entre el robo agravado y la receptación. Aunque ambos delitos protegen el mismo bien jurídico (la propiedad), no pueden intercambiarse. ¿Por qué?

1) Robo Agravado: La persona comete el robo y, por lo tanto, es el autor del delito principal.

2) Receptación: Este es un delito "autónomo" que se comete después de un delito previo. La persona que comete receptación no participa en el robo, sino que recibe o guarda los objetos robados sabiendo su origen ilícito.

En este caso, aunque ambos delitos se relacionan con la propiedad, no se puede cambiar la acusación de robo a receptación usando la desvinculación jurídica. Si un acusado fue juzgado por robo, y el juez determina que no cometió ese robo, no puede simplemente condenarlo por receptación, porque la conducta es completamente distinta. La desvinculación solo funciona cuando la esencia de la conducta delictiva no cambia (VARIOS, 2000).

El concepto de determinación alternativa, que hoy conocemos como desvinculación procesal, no ha estado exento de críticas a lo largo de los años. Una de las mayores preocupaciones se dio en los procesos penales regidos por el antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940. La principal crítica era que la forma en que se aplicaba este principio a menudo afectaba un derecho fundamental del acusado: el derecho de defensa.

El Tribunal Constitucional (TC) fue claro en su posición, como se evidencia en la STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC (Caso Tineo Cabrera). El TC señaló que, si a un acusado se le cambiaba la calificación de su delito sin darle la oportunidad real de defenderse de esa nueva acusación, se estaba violando la esencia misma del contradictorio, un pilar de cualquier proceso justo. En otras palabras, no se puede sorprender a una persona con una nueva acusación sin darle tiempo y las herramientas necesarias para defenderse.

Esta posición fue finalmente confirmada en un importante encuentro de jueces a nivel nacional, el Pleno Jurisdiccional Superior de 2004, que se celebró en Trujillo. Los jueces acordaron por mayoría que:

a) La desvinculación (el cambio en la calificación del delito) solo puede hacerse antes de que se dicte la sentencia.

b) Para que se pueda realizar este cambio, se debe respetar completamente el principio de contradicción. Esto significa que el juez debe informar a todas

las partes sobre el posible cambio en la calificación y darles la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas en relación a esa nueva calificación.

Esta decisión marcó un antes y un después, asegurando que cualquier cambio en la calificación de un delito no se hiciera a espaldas del acusado, fortaleciendo así la garantía de un juicio justo y transparente para todos (ROJAS, F INFANTES, A, 2007)

El jurista Mixán Mass ha señalado que, en el pasado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú aplicó erróneamente el principio de "determinación alternativa". Aunque los tribunales decían estar usando esta figura legal, en realidad, los casos no cumplían con los requisitos para su aplicación.

Lo que realmente ocurría, según Mixán Mass, era una legítima desvinculación de la acusación fiscal. ¿Cuál es la diferencia?

a) La “determinación alternativa” implicaría una situación de duda, donde los jueces tienen que elegir entre dos calificaciones legales posibles para un mismo hecho.
b) La “desvinculación legítima”, en cambio, es la simple corrección de un error.

Mixán Mass explica que, en la mayoría de los casos analizados, el problema no era de "determinación alternativa", sino de un simple error en la calificación jurídica de la fiscalía. Durante el juicio oral, se descubría que la forma en que el fiscal había encajado los hechos en la ley era incorrecta. Por lo tanto, el tribunal tenía la obligación de corregir ese error para aplicar la norma que correspondía, basándose en el principio de legalidad penal.

En esencia, el juez no estaba enfrentando una disyuntiva de “o esto o aquello”. Simplemente estaba corrigiendo un error manifiesto en la calificación original. Esta distinción es crucial para entender que el poder del juez de modificar la calificación de un delito no es un acto de indecisión, sino un deber de asegurar que la ley se aplique de manera correcta y precisa (MIXAN, Juicio Oral, 2000).

3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940

Exactamente, con fecha 17 de agosto de 2004, se incorporó el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica, la misma quedó:

> ***Artículo 285-A.- Sentencia y Acusación. Modificación de la calificación penal.***
>
> *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°.*
>
> *3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad.*
>
> *4. En la condena, la Sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta" (Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 959, publicado el 17-08-2004).*

Imagina que te acusan de un delito. La fiscalía dice que hiciste algo que encaja en un artículo del Código Penal, digamos el artículo 202, inciso 1. Sin embargo, a medida que avanza el proceso, el juez se da cuenta de que, si bien los hechos son los mismos, la conducta que describes encaja mejor en el inciso 2 del mismo artículo 202. ¿Es esto justo? ¿Afecta tu derecho a la defensa?

Según la jurisprudencia peruana, específicamente en la aplicación del artículo 285-A, la respuesta es no. Los tribunales han establecido que no hay ningún problema con esto, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.

Este cambio de calificación jurídica, conocido como "desvinculación", es una facultad que tiene el juez para juzgar los hechos, incluso si la fiscalía le dio un nombre

legal diferente. El objetivo es no retrasar la justicia y llegar al fondo del asunto. ¿Por qué se permite esto?

a) Los Hechos son los Mismos: La base de la acusación no cambia. El juez no está inventando nuevos hechos o una nueva historia. Lo que se juzga es el mismo suceso del que se te acusó inicialmente.

b) Identidad de Sujetos: La persona acusada es la misma, no se está cambiando al imputado a mitad de un proceso.

c) No Hay Agravamiento de la Pena: Este es un punto crucial. El juez solo puede hacer esto si el cambio de artículo no te perjudica, es decir, si la pena para ambos delitos es la misma. En el caso del artículo 202, los incisos 1 y 2 tienen la misma sanción, por lo que no hay riesgo de que te impongan una pena más severa.

Los tribunales peruanos han dejado claro que esta desvinculación no viola tu derecho a la defensa. La razón es que, como la acusación fáctica (lo que realmente hiciste) sigue siendo la misma y la posible pena no aumenta, tu estrategia de defensa no cambia de manera fundamental. Puedes defenderte de la misma manera que lo hubieras hecho si te hubiesen acusado desde el principio con el inciso 2.

En consecuencia, la justicia peruana busca ser práctica y eficiente. Si un pequeño error técnico en la calificación del delito puede ser corregido sin perjudicar al acusado, no hay razón para anular todo un proceso. Lo importante es que la sentencia se base en los hechos probados, sin importar si la fiscalía se equivocó en el nombre legal del delito, siempre y cuando no se afecte la igualdad de armas ni el derecho a una defensa justa (EXP. N.º 5567-2006-AA/TC Lima. Wilfredo José Chino Lanchipa).

Cuando alguien es llevado a juicio, ¿qué es lo que se está juzgando en realidad? La respuesta puede parecer obvia, pero es un concepto fundamental en el derecho penal: se juzgan los hechos.

Este principio, conocido como el objeto del proceso penal, nos dice que la única cosa que se mantiene constante desde el inicio hasta el final del juicio es el hecho punible. Este hecho no es otra cosa que la historia o el suceso que el fiscal afirma que ocurrió. Por ejemplo, "el acusado robó un celular a las 3 p.m. en la avenida X".

Este hecho se convierte en la base de todo el proceso y no puede cambiar. El juez no puede, a mitad del juicio, decidir que lo que se juzgará es un hecho diferente, como si el acusado hubiera cometido un fraude o un asalto en otro lugar. La base del debate, de la defensa y de la sentencia es ese suceso específico que el fiscal puso sobre la mesa.

El concepto de "hecho punible" se relaciona directamente con la acusación fiscal y la pretensión punitiva.

a) Acusación Fiscal: Es el documento donde el fiscal describe el hecho delictivo, identifica al acusado y le da una calificación legal. Esta acusación es el punto de partida del juicio.

b) Pretensión Punitiva: Es la solicitud que hace el fiscal para que se imponga una pena al acusado. Sin embargo, esta pretensión no puede existir sin el hecho delictivo que la sustenta.

La justicia peruana se basa en la idea de que un juicio debe ser claro y justo. No se puede sorprender a una persona cambiando el motivo por el cual se le juzga. Por eso, el objeto del proceso es ese hecho original, asegurando que el acusado sepa exactamente de qué se le está acusando y pueda defenderse adecuadamente. (Escobar, 2018).

Cuando comienza un proceso penal, la fiscalía tiene la tarea de calificar jurídicamente los hechos. Esto significa que debe encajar lo que sucedió en una figura penal específica (por ejemplo, robo, fraude, lesiones, etc.) y presentarlo en su denuncia o acusación. Sin embargo, esta calificación inicial no es una camisa de fuerza; puede cambiar a lo largo del proceso.

La clave de un juicio justo es el principio de congruencia penal. Esto quiere decir que el juez no puede inventar nuevos hechos para juzgarte. La acusación y la sentencia deben tratar sobre el mismo evento. El objeto del proceso es ese hecho específico que te imputan, y el juez no puede salirse de esos límites.

Para entender este principio, es crucial diferenciar las responsabilidades del fiscal y del juez:

a) El Fiscal: Su rol es determinar el objeto del proceso, es decir, los hechos que se van a juzgar. Él es quien te acusa de haber cometido algo concreto. Esos hechos deben estar claramente descritos en la acusación para que el acusado sepa exactamente de qué se le está imputando, evitando cualquier tipo de indefensión.

b) El Juez: Su rol es aplicar la ley y dar la calificación jurídica final a esos hechos. Aunque el fiscal proponga una calificación, es el juez quien decide si la conducta del acusado encaja en ese delito o en otro, siempre que se trate de los mismos hechos.

La fiscalía no tiene un "derecho" a que se te condene. Su función es perseguir un hecho delictivo, tal como lo establece la ley. Presentan una acusación con la solicitud de una pena, pero la decisión final sobre la condena y la pena a imponer recae únicamente en el juez. Es por eso que se dice que la pretensión punitiva es la solicitud de una condena, pero el poder de imponerla es exclusivo del magistrado.

El sistema judicial peruano establece una clara división de roles para garantizar un proceso justo: la fiscalía acusa sobre la base de hechos, y el juez aplica la ley a esos mismos hechos para llegar a una conclusión.

Se entiende por objeto de debate lo que argumenta el acusado, explica en uso del derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación y de los cargos, tanto de los hechos y la calificación jurídica, y la pena que solicita el fiscal. Por ello, la denuncia o acusación realizada por el fiscal debe contener dichos elementos. Del estudio de la doctrina y de los instrumentos señalados, se ha fijado que el objeto del proceso (hecho punible) tiene como requisitos constitutivos:

a) Inmutable: se va limitando progresivamente, se va definiendo el hecho mediante el desarrollo de la instrucción.

b) Indivisible: el hecho debe conformar el objeto del proceso penal con todas las circunstancias y los actos que la componen.

c) Indisponibilidad: las partes no quedan a disposición de los sujetos del proceso, sino que se mantiene incólume (Escobar, 2018)"

Imagina que estás en un juicio y el fiscal te acusa de un delito. En el camino, el juez se da cuenta de que la ley que el fiscal aplicó no es la correcta. El juez no está diciendo que los hechos que se te imputan no ocurrieron, sino que la forma en que fueron encajados en la ley (lo que se llama juicio de tipicidad) es errónea.

Es en este punto donde entra en juego la desvinculación jurídica. Esta es una herramienta legal que le permite al juez corregir ese error sin tener que anular todo el proceso. ¿Por qué se hace esto? Para evitar que, más adelante, una posible sentencia sea declarada nula debido a un error en la calificación legal, haciendo que todo el esfuerzo de la justicia sea en vano. Es una forma de asegurar que el proceso sea sólido y justo desde el principio.

Sin embargo, esta corrección no puede hacerse de cualquier manera. Para que la desvinculación sea válida y no afecte tu derecho a la defensa, debe cumplir con varios requisitos, que han sido establecidos en la jurisprudencia peruana. Estos principios, que antes se conocían como "determinación alternativa", son:

a) Homogeneidad del bien jurídico: El delito por el que el juez recalifica debe proteger el mismo tipo de interés legal que el delito original. Por ejemplo, si el fiscal te acusa de robo, que protege la propiedad, el juez no podría cambiar el delito a lesiones, que protege la integridad física. El bien protegido (la propiedad, en este caso) debe ser el mismo.

b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas: Lo que realmente se te juzga son los hechos. El juez no puede añadir nuevos hechos o pruebas que no se presentaron en la acusación original. La base fáctica del juicio sigue siendo la misma.

c) Preservación del derecho de defensa: Este es el punto más importante. El acusado debe tener la oportunidad de defenderse adecuadamente de la nueva calificación legal. La recalificación no debe sorprender a la defensa ni dificultar su estrategia.

d) Coherencia en la adecuación del delito: La nueva calificación debe tener sentido y ser la correcta para los hechos presentados. La adecuación del delito no puede ser arbitraria.

La desvinculación jurídica es una herramienta legal que permite a los jueces corregir un error en la forma en que se clasifica un delito. En términos sencillos, si el fiscal acusa a alguien de un delito específico, pero durante el juicio el juez se da cuenta de que los hechos encajan mejor en otro delito diferente, puede hacer ese cambio. Esto se hace para evitar que el proceso sea anulado más adelante por un error técnico, lo que asegura un juicio más justo y eficiente.

La idea de que el juez pueda "desvincularse" de la calificación del fiscal no significa que pueda hacer lo que quiera. El juez no está alterando los hechos. Por ejemplo, si una persona es acusada de robar un auto, el juez no puede decidir que en realidad fue acusada de asalto. El "quién", el "qué", el "dónde" y el "cuándo" del crimen deben permanecer intactos.

Esta facultad del tribunal de juzgamiento para corregir la calificación jurídica incluye incluso el título de la participación delictiva. Por ejemplo, si el fiscal acusa a una persona de ser el autor principal de un crimen, el juez podría reclasificarla como cómplice, siempre y cuando los hechos lo justifiquen.

Sin embargo, esta capacidad no es ilimitada y está estrictamente regulada.

La desvinculación jurídica debe cumplir con las reglas establecidas en el artículo 374° del Código Procesal Penal y otros criterios jurisprudenciales. La premisa central es que el acusado debe tener la oportunidad de defenderse de la nueva calificación. El cambio debe ser previsible y no puede empeorar la situación legal del acusado de manera sorpresiva.

La desvinculación busca un equilibrio: permite al sistema judicial corregir errores sin tener que empezar de cero, pero siempre protegiendo los derechos de la persona que está siendo juzgada. Es un mecanismo de justicia y eficiencia que garantiza que la ley se aplique correctamente a los hechos que realmente sucedieron, sin importar si la calificación inicial del fiscal fue incorrecta.

Cuando un juez decide cambiar la forma en que se califica un delito durante un proceso penal, no puede hacerlo sin seguir ciertas reglas. La ley peruana, en el Código Procesal Penal de 2004, establece dos requisitos clave para que este cambio sea válido.

1) Identidad Subjetiva: La nueva calificación debe involucrar a las mismas personas que fueron parte del proceso desde el principio. No se puede de repente acusar a alguien más.
2) Identidad Objetiva o Fáctica: Los hechos del crimen que se están juzgando no pueden cambiar. La historia de lo que ocurrió es la misma, solo se está ajustando el nombre legal del delito.

A primera vista, podría parecer que la ley se olvidó de un requisito muy importante que la jurisprudencia y la doctrina siempre han defendido: la homogeneidad del bien jurídico protegido. Esto significa que, si el juez cambia el delito, la nueva figura penal debe proteger el mismo tipo de interés legal o bien jurídico que la anterior. Por ejemplo, si el delito inicial protegía la propiedad (como un robo), el nuevo delito no puede ser uno que proteja la vida (como un homicidio).

A pesar de que este requisito no está escrito explícitamente en el Código Procesal Penal, los expertos en derecho y los tribunales peruanos coinciden en que sigue siendo fundamental. Al hacer un análisis completo de las leyes, sentencias y opiniones de los juristas, se llega a la conclusión de que la homogeneidad del bien jurídico es un requisito vigente y crucial para que la modificación de la calificación sea justa. Esto garantiza que el cambio de delito no sea arbitrario y que el acusado pueda defenderse adecuadamente (Linares, Dyrán Jorge).

4. ACUERDO PLENARIO N° 04-2007/CJ-116 (DESVINCULACIÓN PROCESAL- ALCANCES DEL ARTÍCULO 285-A DEL CDEPP)

En el sistema legal peruano, no solo las leyes escritas son importantes. Las decisiones de los jueces, especialmente las de la Corte Suprema, tienen un peso enorme. Esto se debe a un principio legal llamado precedente vinculante o doctrina jurisprudencial, que establece que ciertas sentencias de la Corte Suprema deben ser seguidas por todos los demás jueces en el país.

El Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial detalla este proceso de la siguiente manera:

1) Publicación Obligatoria: Cuando las Salas de la Corte Suprema emiten fallos que establecen principios legales importantes, estos deben publicarse de manera obligatoria cada tres meses en el diario oficial "El Peruano".
2) Cumplimiento Obligatorio: Una vez publicados, estos principios se convierten en precedentes de cumplimiento obligatorio para todos los jueces en todas las instancias judiciales. Esto significa que si un juez de primera instancia, una Corte Superior o cualquier otro magistrado se enfrenta a un caso similar, debe aplicar el mismo criterio que la Corte Suprema.

Aun cuando un juez no esté de acuerdo con un precedente, no puede simplemente ignorarlo. Si por alguna razón decide apartarse de un criterio establecido, está obligado a justificar su decisión de manera clara y detallada. Debe mencionar explícitamente el precedente que está desestimando y explicar por qué lo hace.

Incluso la propia Corte Suprema puede cambiar sus propios criterios. Si lo hace, también debe motivar su decisión y publicar el nuevo criterio en "El Peruano". De esta forma, se informa a toda la comunidad legal que el precedente anterior ha sido modificado. Este proceso garantiza la coherencia en el sistema judicial, pero también permite que el derecho evolucione y se adapte a nuevas realidades, sin dejar a nadie en la incertidumbre.

> *Artículo 116.- Pleno jurisdiccional. Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.*

Un Acuerdo Plenario es una reunión de todos los jueces de la Corte Suprema de un país para ponerse de acuerdo sobre un tema legal complejo que ha generado desacuerdos en los tribunales. El objetivo principal de estos encuentros es unificar los criterios, para que los casos similares sean juzgados de la misma manera en todo el país. Esto garantiza que la justicia sea predecible y consistente.

El Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116, uno de los más importantes en materia penal, aclara una distinción fundamental para un juicio justo: la diferencia entre el objeto del proceso y el objeto del debate.

1) Objeto del Proceso: Este es el hecho punible, el suceso específico que se le imputa a una persona. Es la fiscalía quien lo delimita en la acusación. Este hecho es la base de todo el juicio y, por lo general, no cambia.
2) Objeto del Debate: Este es más amplio y se construye durante el juicio. Mientras que el objeto del proceso es el hecho en sí, el objeto del debate incluye todo lo que se discute en el juicio: las pruebas, las defensas del acusado, y las pretensiones de las otras partes involucradas, como la víctima.

El juez, siguiendo el principio de exhaustividad, debe considerar todos estos aspectos al emitir su sentencia. Esto significa que no solo debe basarse en lo que la fiscalía ha dicho en la acusación, sino que también debe considerar todas las pruebas, argumentos y la defensa del acusado.

En el juicio, el fiscal o acusador define el hecho delictivo que se va a juzgar. Las demás partes, como el acusado y los abogados de la víctima, no pueden cambiar ese hecho, pero sí pueden ampliar el objeto del debate con sus argumentos y pruebas. El tribunal, al final del juicio, debe limitarse a los términos de este debate para tomar su decisión, asegurando que la sentencia sea el resultado de un análisis completo y justo de todo lo que se presentó en el proceso.

Imaginen que están en un juicio. El fiscal los acusa de un delito, pero el juez, al revisar el caso, se da cuenta de que la calificación legal que la fiscalía le dio a los hechos es incorrecta o que hay un detalle importante que no se incluyó en la acusación. Según el Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116, en su fundamento jurídico 11, el juez tiene la obligación de intervenir de oficio y comunicar a las partes este posible cambio.

Esta facultad se conoce como la tesis de la desvinculación. Se activa cuando el juez detecta un "error de subsunción" (un error al encajar los hechos en la ley) o cuando hay una circunstancia que podría cambiar el delito pero que no fue mencionada en la acusación.

Lo más importante de este proceso es que no se realiza a espaldas del acusado. Por el contrario, se hace en pleno respeto de tus derechos. El artículo 285-A del Código

de Procedimientos Penales exige que, en estos casos, el juez cumpla con un protocolo muy claro:

1) Aviso Obligatorio: El juez debe informar a todas las partes, especialmente al acusado, sobre la nueva calificación o la nueva circunstancia.
2) Oportunidad para la Defensa: Una vez que el acusado es notificado, tiene la oportunidad de pronunciarse al respecto.
3) Derecho a Pedir la Suspensión y Nuevas Pruebas: Si el acusado y su defensa lo consideran necesario, pueden solicitar la suspensión de la audiencia para prepararse y, si fuera necesario, solicitar nuevas pruebas que les permitan defenderse de la nueva acusación.

Este proceso garantiza que el acusado tenga un previo conocimiento de los cargos y pueda ejercer su derecho de contradicción. En otras palabras, asegura que la justicia no lo tome por sorpresa con una nueva acusación en medio del juicio, sino que le dé todas las herramientas para defenderse adecuadamente (Casación N.° 659-2014-Puno).

Igualmente, 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".

Cuando una fiscalía acusa a alguien de un delito, puede equivocarse en la calificación legal que les da a los hechos. La Corte Suprema del Perú, a través de la Casación 383-2012-La Libertad, ha aclarado que un juez no solo puede, sino que debe corregir este error si lo detecta. Este poder del juez no viola la autonomía de la fiscalía,

ya que no cambia los hechos del caso, sino que simplemente aplica la ley de manera correcta.

La Casación establece que el juez tiene el deber de ser un juez de garantía, lo que significa que su principal responsabilidad es asegurar el principio de legalidad.

Esto le da la facultad de modificar la calificación legal de un delito si la considera incorrecta, sin alterar la historia de lo que realmente sucedió. Esta corrección no afecta la esencia del caso ni los hechos imputados al acusado.

La capacidad del juez para corregir la calificación legal se basa en la tesis de la desvinculación. Este principio permite al juez no limitarse a lo que dice la fiscalía, pero no es un poder ilimitado. Para garantizar un juicio justo y proteger el derecho de defensa del acusado, esta corrección solo puede hacerse si se cumplen ciertas condiciones. La jurisprudencia ha establecido que se debe proteger el mismo bien jurídico (por ejemplo, la propiedad), que los hechos no deben cambiar y que el acusado debe tener la oportunidad de defenderse adecuadamente de la nueva calificación.

Para que un juez pueda hacer esta modificación sin perjudicar al acusado, se deben cumplir los siguientes requisitos, tal como lo establece el Acuerdo Plenario N.° 04-2007-CJ/116:

a) El bien jurídico debe ser homogéneo: El delito por el que el juez recalifica debe proteger el mismo tipo de bien jurídico que el delito original. Por ejemplo, si el delito inicial protegía la propiedad (como en un robo), el nuevo delito también debe proteger la propiedad. No podría cambiar a un delito que proteja la vida.

b) No se puede introducir una atenuante ni cambiar la participación: La recalificación no puede ser utilizada para atenuar la pena, cambiar el grado del delito (por ejemplo, de consumado a tentativa), o modificar el rol del acusado en el hecho (por ejemplo, de autor a cómplice).

c) La variación debe ser evidente y no sorpresiva para la defensa: La defensa debe poder prever y defenderse de esta nueva calificación sin que le tome

por sorpresa. En otras palabras, la corrección de la calificación jurídica debe ser un error tan claro que la defensa pudo haberlo notado.

La esencia del rol de un juez es aplicar la ley correctamente. Este poder se basa en el principio "*iura novit curia*", que significa "el juez conoce el derecho". Gracias a este principio, el juez tiene la facultad de aplicar la ley que realmente corresponde al caso, incluso si la fiscalía, por error, le dio una calificación legal incorrecta.

Cuando un juez corrige la calificación legal, no está yendo en contra de la ley o de los derechos del acusado. Por el contrario, está asegurando que el proceso judicial sea justo. No se violan los principios de correlación procesal, defensa o contradicción, porque el juez no está cambiando los hechos, sino solo la forma en que esos hechos se encuadran en la ley. La fiscalía sigue siendo la responsable de presentar los hechos, y el juez, de aplicar la ley.

Es importante notar que las reglas del juego han cambiado en el Perú. El Código de Procedimientos Penales de 1940, un sistema mixto, no es igual al Código Procesal Penal de 2004, que es un sistema adversarial y garantista. Sin embargo, el concepto de desvinculación procesal sigue siendo fundamental.

El Acuerdo Plenario N.° 4-2007/CJ-116 ha establecido los criterios que permiten al juez alterar la calificación del delito. Un juez puede hacerlo si hay un error en la calificación legal de la fiscalía o si se presenta una circunstancia importante que no se incluyó en la acusación. En ambos casos, el juez puede cambiar la calificación para que la sentencia se ajuste a los hechos probados.

Un ejemplo práctico de esto es el caso de José Carlos Ucancial Arévalo. Aunque fue condenado por el delito de feminicidio, el juez debe reconsiderar la calificación legal y, sin alterar los hechos, reclasificar el crimen como parricidio, ya que no se pudieron probar las circunstancias que configuran el delito de feminicidio. Este ajuste asegura que la ley se aplique con precisión, garantizando un juicio justo y una sentencia correcta.

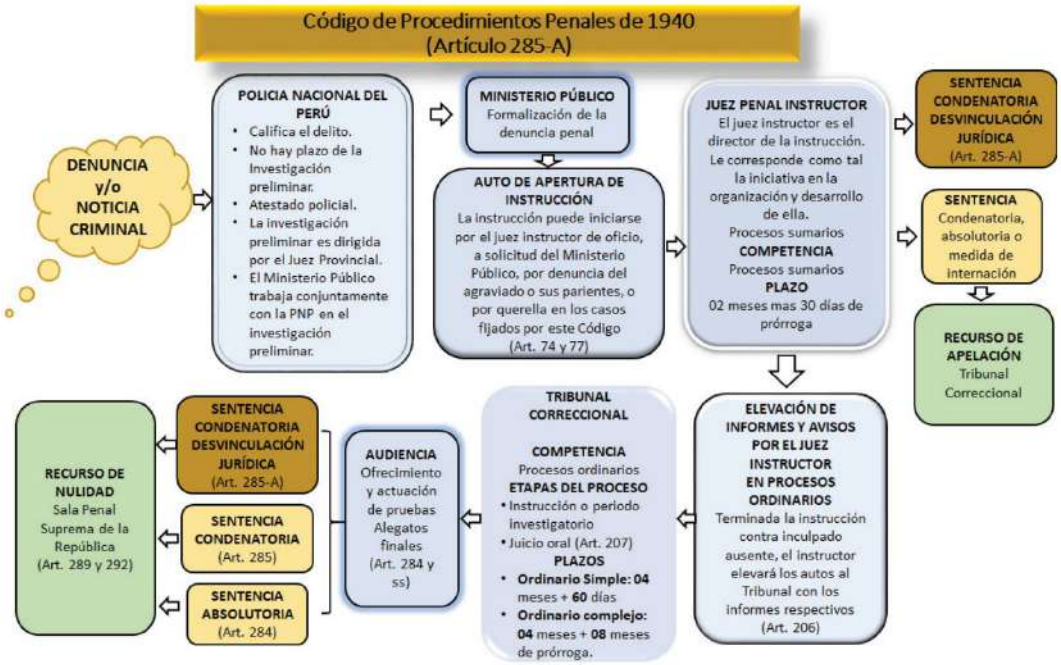
Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON**:

I. **HABER NULIDAD** en la sentencia del once de octubre de dos mil diecisiete (foja 248), aclarada en el cómputo de la pena (foja 294 vuelta), en el extremo que condenó a José Carlos Ucancial Arévalo como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud- feminicidio en grado de tentativa, en perjuicio de Jasenka Karol Guerra Ponce, a quince años de pena privativa de libertad; y, **REFORMÁNDOLA**, recondujeron el tipo penal a parricidio en grado de tentativa, previsto en el artículo 107 del Código Penal, debiendo ser este el tipo penal por el que el procesado se encuentra condenado; en tal sentido, corresponde imponerle ocho años de pena privativa de libertad, la que con el descuento de carcelería que sufrió, del veintiuno de junio de dos mil quince (según papeleta de detención, foja 15) al cuatro de mayo de dos mil dieciséis, en que fue puesto en libertad (como se desprende del oficio de foja 127 del cuaderno de prisión preventiva), y desde el diez de octubre de dos mil diecisiete, vencerá el veintiséis de noviembre de dos mil veinticuatro.

1.7.- La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. Nº 00286-2008-PHC/TC -Ayacucho- de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: ***"Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso".***

Por ello, reiteramos que es un error grave que los Jueces penales apliquen los extremos de la interpretación del Acuerdo Plenario N° 04-2007-CJ/116, a un proceso penal garantista, que plantea un procedimiento totalmente distinto, definido en etapas y fases. Por lo que incluso, me atrevo a sostener que el Juez aplica indebidamente una norma derogada, a un proceso penal vigente (Art. 374° del CPP), incurriendo en el delito de prevaricato.

Cuadro N.° 06. Procedimiento de la tesis de la desvinculación jurídica en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116



5. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Mediante el Decreto Legislativo 957 se aprobó el Código Procesal Penal, promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004. Entró en vigencia el 1 de julio de 2006.

Artículo 374°.- Poder del Tribunal y facultad del fiscal.

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.

6. PROPUESTA DEL *ITER* PROCESAL DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

6.1. Etapa de Juzgamiento

En un proceso penal, la etapa más crucial es el juicio oral. Es el momento donde realmente se discuten las pruebas y los argumentos para convencer al juez. Esta fase se inicia con una acusación formal y tiene características muy específicas que la hacen distinta a las etapas anteriores.

El juicio oral es como el acto final de una obra de teatro legal. No es algo que se improvisa, sino que se desarrolla siguiendo reglas claras.

a) Quién lo Dirige: La persona encargada de dirigir el juicio es el Juez Penal, que puede ser un Juez Unipersonal si el caso no es tan grave, o un Juzgado Colegiado (un grupo de jueces) si la acusación es por un delito de mayor peso.

b) La Estrategia del Caso: Al principio del juicio, los abogados de ambas partes (la fiscalía y la defensa) presentan su teoría del caso en los alegatos de apertura. Es como un resumen de lo que van a demostrar y cómo lo harán.

c) Principios Clave: El juicio se basa en varios principios que lo hacen justo y transparente.

- Oralidad: La información se presenta de forma hablada.
- Publicidad: El público puede presenciar el juicio, a menos que haya una razón legal para lo contrario.
- Contradicción: Las dos partes pueden presentar sus argumentos y pruebas, y refutar las de la otra.
- Identidad Personal: El acusado debe estar presente en el juicio.

d) Interrogatorio: Las pruebas y testimonios se presentan a través de un interrogatorio directo (cuando un abogado le pregunta a su propio testigo) y un contrainterrogatorio (cuando el abogado de la otra parte le hace preguntas al mismo testigo para desafiar su testimonio).

A diferencia de las etapas previas del proceso penal, donde las pruebas se presentaban en un orden estricto, en el juicio oral el orden de presentación de la prueba depende de la estrategia del caso de cada abogado. Esto permite que la fiscalía y la defensa construyan sus argumentos de una manera más lógica y persuasiva, en lugar de seguir un orden rígido.

6.2. Actuación probatoria en el juicio oral

El interrogatorio de los órganos de prueba corresponde exclusivamente al Fiscal y abogados de las partes. El Juez penal, puede, sólo excepcionalmente, interrogar a estos órganos, cuando hubiera quedado algún vacío o sea imprescindible realizar ciertas aclaraciones; en ningún caso podrá reemplazar a las partes. La intervención del Juez no es obligatoria, sino facultativa, y sólo debe servir para esclarecer los hechos o profundizar en los mismos.

Es necesario precisar que el Código habla de órgano de prueba para referirse a la persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre los hechos que se investigan, esto es que se aportan elementos de prueba sobre el objeto del proceso. *"... puede decirse que el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el Juez. El imputado, el agraviado, el testigo son órganos de prueba"* (SÁNCHEZ, 2004: 658).

El debate probatorio se debe someter a un orden que esta determinado por la Ley Procesal en el orden siguiente:

a) Declaración del acusado (Art. 376 y 377);
b) Examen de testigos y peritos (Art. 378, 380 y 381);
c) Prueba material (Art. 382);
d) Lectura de la prueba documental (Art. 383 y 384);
e) Otros medios de prueba y prueba de oficio (Art. 385).

6.3. Presupuestos de la desvinculación jurídica

6.3.1 El límite de la desvinculación jurídica y la homogeneidad del bien jurídico

En un proceso penal, los jueces pueden, de oficio, introducir una nueva calificación legal para un delito si la acusación de la fiscalía es incorrecta. Esto es parte de un sistema penal que busca garantizar que se aplique la ley correcta y que los derechos del acusado, como la defensa y el contradictorio, sean respetados. Sin embargo, para que el juez pueda optar por esta "desvinculación jurídica", debe cumplir con una serie de requisitos esenciales, uno de los cuales es la homogeneidad del bien jurídico tutelado.

La palabra “homogéneo” significa que algo tiene características iguales o que pertenece al mismo género. En el contexto legal, esto significa que el delito original y el nuevo delito propuesto por el juez deben proteger el mismo tipo de interés legal o social. Por ejemplo, en los delitos sexuales, esto se vuelve muy claro:

a) El delito de violación sexual protege la libertad sexual, es decir, el derecho de una persona a decidir cuándo, dónde y con quién tiene relaciones sexuales.

b) El delito de violación sexual de menor de edad o actos contra el pudor protegen la indemnidad sexual, que es la prohibición de tener contactos sexuales con menores porque aún no tienen el desarrollo psicológico y biológico para consentir.

En este sentido, hay homogeneidad entre los delitos de violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor, ya que ambos protegen la indemnidad sexual.

A pesar de la teoría, la práctica puede ser diferente. La Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín, declaró nula una sentencia porque un tribunal inferior no respetó el principio de homogeneidad del bien jurídico, entre otros requisitos de la desvinculación.

En este caso, la fiscalía acusó a un hombre de violación sexual de una menor de edad, argumentando que el acusado tenía la intención de penetrar a la víctima. La sala

inferior, sin embargo, se desvinculó de la acusación y lo condenó por actos contra el pudor, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por un periodo de prueba de dos años, argumentando que no hubo penetración.

La fiscalía apeló, argumentando que no se podía cambiar el delito porque la intención del acusado de tener acceso carnal (un elemento clave de la violación sexual) no es parte del delito de actos contra el pudor. Por lo tanto, no había homogeneidad.

La Corte Suprema dio la razón a la fiscalía. Sostuvo que, para que proceda la desvinculación, se requiere:

a) La homogeneidad del bien jurídico (que no existía en este caso, ya que la intención de acceso carnal diferencia ambos delitos).
b) La inmutabilidad de los hechos.
c) La preservación del derecho de defensa.
d) La coherencia entre los hechos y la norma.
e) La favorabilidad al acusado.

Dado que los hechos imputados solo podían ser considerados como violación sexual de menor de edad, la Corte Suprema anuló la sentencia anterior y condenó al procesado a cadena perpetua. Este caso ilustra que, aunque la desvinculación es una herramienta útil, debe ser aplicada con extrema cautela para no violar los principios legales ni perjudicar a las víctimas.

6.3.2 La inmutabilidad de los hechos y las pruebas

La justicia penal en varios países de América Latina, como Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y República Dominicana, comparte un principio fundamental: la sentencia debe basarse en la acusación. Esto significa que un juez no puede condenar a una persona por hechos o circunstancias que no fueron incluidos en la acusación inicial o en el auto de apertura del juicio. La acusación establece los límites del debate y el hecho que será juzgado.

El principio de inmutabilidad de la acusación es muy estricto. Un juez tiene prohibido modificar los hechos de la acusación si con ese cambio se perjudica al

acusado. La única excepción a esta regla es cuando el cambio en los hechos o circunstancias lo favorece. Por ejemplo, si se demuestra que un delito fue cometido en un momento o lugar que beneficia al acusado, el juez puede reflejar ese cambio en su sentencia.

Aunque la ley establece este principio, la forma en que se aplica puede variar. Cada país, a través de sus tribunales y sentencias, debe ir definiendo qué significa exactamente "favorecer al acusado". Esta interpretación es crucial para asegurar que el principio de inmutabilidad no se convierta en una trampa para la defensa, sino en una garantía de un juicio justo. En última instancia, el objetivo es proteger al acusado de sorpresas y asegurar que sea juzgado únicamente por lo que la fiscalía lo acusó (PÉREZ M. , 2002: 9).

El efecto de inmutabilidad de la acusación tiene como fundamento al principio acusatorio y al derecho a la defensa procesal (o derecho de contradicción) (GIMENO, 2000, p. 694).

Con la presentación de la acusación se da cumplimiento en el proceso penal a la exigencia fundamental del principio acusatorio (PÉREZ M. , 2002: 9).

El principio acusatorio "significa que los hechos deben mantener su identidad esencial a lo largo del juicio"; el hecho acusado por ser un elemento esencial del objeto del proceso penal debe permanecer inalterado en la sentencia (PÉREZ M. , 2002: 9).

El principio de inmutabilidad es un pilar fundamental en un juicio penal. En esencia, garantiza que la sentencia final se base exclusivamente en los hechos y las pruebas presentadas durante el juicio.

La inmutabilidad establece un vínculo inquebrantable entre la acusación, la defensa y la sentencia. Esto significa que el juez tiene la obligación de juzgar únicamente lo que la fiscalía acusó y lo que se discutió en el juicio oral. La historia del crimen, los protagonistas y las pruebas no pueden ser alterados ni sufrir ningún tipo de menoscabo. Si se mantuvieran inalterables, se cumpliría a cabalidad con el principio de inmutabilidad.

El órgano judicial tiene el deber de sentenciar sobre la acusación y la defensa producida en el debate judicial. El juez no puede basar su decisión en información fuera de lo que se ha presentado y discutido en la sala. Este principio evita sorpresas para el acusado y garantiza un juicio justo, transparente y centrado en los hechos probados (MORENO, Victor. COQUILLAT, Angela. JUANES, Angel y otros, 2000).

6.3.3 Preservación del derecho de defensa

El derecho de defensa es reconocido en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución y permite que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. En efecto resultaría vulneratorio del derecho de defensa si el procesado ejerciendo su defensa respecto de determinados cargos, termina siendo condenado por otros.

En cualquier etapa de un proceso penal, una persona investigada no puede ser privada de su derecho a la defensa. En un sistema judicial que protege los derechos de los ciudadanos, como el peruano, el juez tiene el deber de garantizar este derecho de la manera que lo establece la ley.

El derecho de defensa es el corazón de un juicio justo. Su propósito es asegurar que todos tengan la oportunidad de ser escuchados, que se les informe adecuadamente de los cargos en su contra y que se les permita presentar pruebas para refutar la acusación. En pocas palabras, garantiza que nadie pueda ser condenado sin tener una oportunidad real de defenderse.

El derecho a la defensa va más allá de solo darte la palabra. En un entorno legal complejo, donde los jueces y fiscales son expertos en derecho "iusperitos", la asistencia de un abogado es indispensable. La ley reconoce que las personas comunes no tienen el conocimiento para navegar el sistema legal por sí solas. Por eso, el derecho a la defensa implica también el derecho a contar con un abogado. Sin esta asistencia letrada, se crea una desigualdad procesal que puede llevar a una indefensión, lo cual es inaceptable desde el punto de vista constitucional. En un juicio, la presencia de un abogado no es un lujo, sino un elemento esencial para garantizar que se respeten los derechos del acusado y que el proceso sea verdaderamente justo (QUIROGA, 1989, p. 322).

El derecho a la defensa es un pilar fundamental de la justicia peruana y, de hecho, de cualquier sistema legal que se precie de ser justo. No es solo un concepto teórico; es una garantía constitucional que se puede resumir en tres características esenciales:

a) Es un Derecho Constitucional: El derecho a la defensa está protegido por la Constitución. Esto significa que, si a una persona se le niega este derecho en cualquier etapa de un proceso penal, el juicio completo puede ser declarado nulo.

b) Implica Principios Fundamentales: La defensa no es un concepto aislado; está ligada a otros principios que aseguran un juicio justo. Estos incluyen:

- Inmediación: La posibilidad de tener contacto directo con el juez y los testigos.
- Juicio Justo y Equilibrado: La garantía de que el proceso sea imparcial.
- Asistencia Personalizada: El derecho a ser asistido por un abogado.
- No Ser Condenado en Ausencia: Nadie puede ser condenado sin estar presente en su propio juicio.

c) Garantiza la Equidad: Para que un proceso sea justo, las partes deben estar en igualdad de condiciones. Esto incluye el derecho a la gratuidad en el juicio si la persona no puede pagar por su defensa. El juez tiene el deber de asegurar que no haya ventajas entre la fiscalía y la defensa.

El derecho a la defensa no es una sola cosa, sino que tiene dos aspectos complementarios:

a) Defensa Propia: El derecho de una persona a presentar su propia versión de los hechos y a argumentar por sí misma.

b) Asistencia Letrada: El derecho a ser asesorado por un abogado especializado para que la defensa se realice de la mejor manera posible desde el punto de vista legal.

La ausencia de cualquiera de estas dos garantías, es decir, no poder defenderse por uno mismo o no contar con la asistencia de un abogado, invalida el proceso penal y lo convierte en inconstitucional (RUBIO, 1999, Tomo V, p. 104).

El derecho a la defensa procesal exige que se informe al acusado sobre el hecho delictivo que el Ministerio Público le atribuye y por el que solicita se le condene, a fin que pueda probar y alegar en el juicio oral, participando en el debate judicial. El acusado tiene derecho a conocer de forma detallada y cierta el hecho acusado a efecto de realizar una defensa eficaz en el plenario (NAKAZAKI, CÉSAR, Universidad de Lima).

6.3.4 Coherencia entre los elementos fácticos y normativos

Para que la desvinculación jurídica —*esa herramienta que permite al juez cambiar la calificación de un delito*— sea necesaria, debe existir un error. Y ese error ocurre cuando hay un quiebre entre la realidad de los hechos y la ley que se aplica. En otras palabras, la calificación que la fiscalía da a un caso no concuerda con lo que realmente sucedió.

Un ejemplo claro para entender esto es la diferencia entre el robo agravado y el hurto agravado. Ambos delitos implican la sustracción de bienes, pero un elemento crucial que los distingue es la violencia. Para que un delito se considere robo, debe haber violencia en su ejecución.

Imagina que la fiscalía investiga un hurto (un robo sin violencia) y, aun así, lo califica como robo agravado. Cuando el caso llega a juicio, el juez se da cuenta de que las pruebas no demuestran la existencia de violencia. Ante esta situación, el juez se ve obligado a usar la desvinculación jurídica para cambiar la calificación de robo agravado a hurto agravado, lo cual es la calificación correcta según los hechos.

Si la fiscalía hiciera bien su trabajo y calificara el delito de manera coherente con los hechos desde el principio (por ejemplo, si hubiera calificado el caso como hurto y no como robo), no sería necesario que el juez intervenga.

En este sentido, la desvinculación no es una acción que el juez deba realizar siempre, sino una respuesta necesaria a un error. Si no hay un problema de coherencia

entre los hechos y la calificación legal de la fiscalía, el juez simplemente juzgará el caso como fue presentado. El juez solo actuará para desvincular la calificación cuando advierta una discrepancia evidente, garantizando así que la sentencia se base en la verdad y en la ley correcta.

6.3.5 La favorabilidad, sin que ello implique una modificación de los hechos

La favorabilidad es un principio legal que busca beneficiar al acusado, condenándolo por un delito menos grave cuando sea posible. Un ejemplo clásico es cuando la fiscalía acusa a alguien de robo agravado, pero el juez, al analizar las pruebas, se da cuenta de que el delito se ajusta más a hurto agravado. En este caso, el juez podría usar la desvinculación jurídica para condenar por hurto, lo que resulta más favorable para el acusado, aunque no para la fiscalía.

Algunos argumentan que la favorabilidad busca agilizar los procesos penales y concluirlos en el menor tiempo posible. Sin embargo, esta visión es muy criticada. El texto sostiene que no se puede sacrificar y vulnerar principios fundamentales de un sistema penal justo, como el principio acusatorio, el derecho de defensa y el principio del contradictorio, solo para acelerar un caso. No importa cuán leve sea la pena, incluso si fuera de solo dos días, esta debe ser el resultado de un juicio con todas las garantías constitucionales.

En otras palabras, no se puede pasar por alto los derechos de una persona con la excusa de que la pena será menor. Un proceso penal debe ser respetuoso de las garantías constitucionales, sin importar el resultado.

El texto propone una perspectiva más amplia sobre la desvinculación jurídica. No se trata solo de cambiar un delito por uno menos grave. El error de la fiscalía puede ser de cualquier tipo, y el juez debe tener la facultad de corregirlo en el juicio oral, ya sea que la nueva calificación resulte en un delito menos grave o incluso en uno más grave. Lo importante no es la favorabilidad en sí, sino la corrección del error para que la sentencia se base en la calificación legal adecuada a los hechos.

7. LA POSIBILIDAD DE UNA CALIFICACIÓN JURÍDICA

Imagina que, en un juicio oral, justo antes de que se presenten las últimas pruebas, el juez se da cuenta de algo crucial: los hechos que se están juzgando no encajan en el delito que la fiscalía ha propuesto. Esto significa que la fiscalía cometió un error al encuadrar los hechos en la ley, lo que se conoce como un "error de subsunción".

Este tipo de error generalmente se origina en las primeras etapas de la investigación, cuando el fiscal califica el delito. El problema surge porque los hechos investigados (la historia del crimen) no cumplen con los elementos clave que el delito requiere para ser considerado como tal. Por ejemplo, si un fiscal acusa a alguien de robo agravado, pero las pruebas no demuestran que hubo violencia, la calificación es incorrecta.

Idealmente, este error debería haberse corregido mucho antes, en la audiencia de control de acusación. Sin embargo, si el juez que revisó la acusación no fue lo suficientemente riguroso, el problema persiste hasta el juicio.

Ante esta situación, el juez del juicio oral no puede simplemente seguir adelante. Tiene la obligación de intervenir y plantear la posibilidad de una nueva calificación legal. Este es un punto crítico en el proceso, ya que asegura que la sentencia final se base en la verdad de los hechos y en la ley correcta. Al hacerlo, el juez no está actuando de manera arbitraria, sino corrigiendo un error que se originó en la fiscalía, garantizando así que el juicio sea justo y que la sentencia sea legalmente sólida.

8. OPORTUNIDAD DE PLANTEAR LA TESIS DE DESVINCULACIÓN JURÍDICA

En un juicio, si el juez ve que los hechos que se discuten no encajan con el delito que la fiscalía propuso, tiene el derecho de plantear una desvinculación jurídica. Esto significa que puede sugerir una nueva calificación legal para el caso. Para hacerlo, la ley exige que el juez comunique esta idea a todas las partes, especialmente al fiscal y al acusado, para que puedan dar su opinión.

El texto plantea que la manera en que esto se hace puede crear un problema. Si el juez plantea la desvinculación verbalmente y sin previo aviso, las partes pueden ser

tomadas por sorpresa. Los abogados no están preparados para dar una respuesta inmediata y bien fundamentada. Esto genera una desventaja, ya que no pueden oponerse de manera adecuada y terminan en una situación de indefensión.

Para evitar este factor sorpresa, se sugiere que, si el juez decide plantear la desvinculación, lo haga a través de una resolución judicial escrita y bien motivada. Esto permitiría que las partes lean y analicen los argumentos del juez. Además, se propone que el juez suspenda la audiencia por al menos cinco días para darles tiempo suficiente para preparar una respuesta bien pensada y fundamentada.

Si las partes se oponen a la desvinculación, el juez no puede simplemente condenar por el nuevo delito. En ese caso, la única opción que le queda al juez es absolver al acusado, basándose en el principio acusatorio y en el artículo 397° del Código Procesal Penal. Esto podría llevar a la impunidad, ya que la persona sería absuelta no porque sea inocente, sino por un error en la calificación legal de la fiscalía y por la oposición de las partes a la desvinculación.

Ante esta situación sorpresiva, las partes tienen dos opciones: oponerse verbalmente al planteamiento del juez o solicitar la suspensión de la audiencia para tener tiempo de prepararse.

9. SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA

Cuando un juez suspende una audiencia para plantear una desvinculación jurídica (un cambio en la calificación legal de un delito), las partes tienen hasta cinco días para responder. Estas son las opciones que pueden tomar:

a) Guardar silencio y no emitir ningún pronunciamiento. Si las partes no presentan ninguna respuesta por escrito, el juez debe emitir una sentencia absolutoria. ¿Por qué? Porque si nadie apoya la nueva calificación, el juez no puede condenar por un delito que no fue el original. Para evitar que el delito quede impune, el juez debe enviar el expediente a la fiscalía, explicando por escrito el motivo de la desvinculación para que el fiscal pueda reevaluar el caso y, si lo considera pertinente, iniciar un nuevo proceso con la calificación correcta.

b) Oponerse de forma expresa y fundamentada. Si la fiscalía se opone formalmente a la propuesta del juez, defendiendo su acusación original, el juez no puede imponer la nueva calificación. En este caso, la única opción es la sentencia absolutoria. Al igual que en el caso anterior, el juez debe remitir el caso a la fiscalía con las razones por escrito de por qué no procedió la condena.

c) Presentar una acusación complementaria. Esta es la opción que favorece un juicio justo. Si la fiscalía y la defensa aceptan la nueva calificación propuesta por el juez, la fiscalía puede presentar una acusación complementaria. En este documento, la fiscalía introduce la nueva calificación legal y, si es necesario, presenta nuevas pruebas que apoyen el cambio. El juez debe notificar a todas las partes para que, a su vez, puedan preparar su defensa y presentar sus propias pruebas. Esto garantiza que el acusado tenga un juicio justo con todas las garantías.

El proceso de desvinculación y las opciones que tienen las partes son una muestra del sistema penal garantista. Un juicio justo no permite obtener una sentencia penal sin un juicio previo, en el que se respeten los principios de contradicción y defensa. Incluso si la posible pena es mínima, el acusado tiene el derecho fundamental de someterse a un juicio completo y obtener una respuesta basada en el derecho.

El artículo 374° del Código Procesal Penal complementa esto, estableciendo que el juez puede:

a) Incluir nuevos hechos que no se conocían antes del juicio, como una confesión del acusado sobre el uso de un arma, lo que cambiaría un hurto a robo agravado.

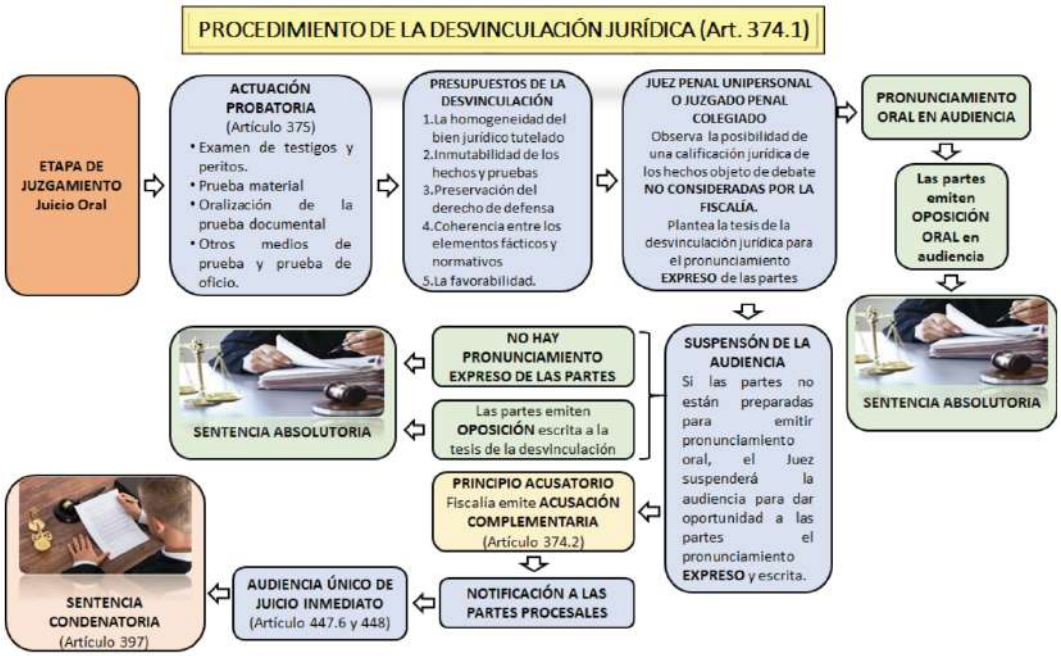
b) Incluir nuevas circunstancias que no fueron mencionadas, como atenuantes o agravantes.

En ambos casos, el juez debe suspender el juicio para dar tiempo a las partes de preparar su defensa, ofreciendo nuevas pruebas. Lo más importante es que, a través de la desvinculación, se corrige un error de la fiscalía sin alterar los hechos, garantizando la correlación entre lo que se acusa y lo que se juzga.

El juez tiene la facultad de desvincularse de la calificación legal, pero no puede cambiar los hechos del caso. El principio de inmutabilidad de los hechos se mantiene.

Finalmente, cualquier acusación complementaria que el fiscal presente también debe pasar por un control judicial, donde el juez revisa que cumpla con todos los requisitos formales y sustanciales, asegurando que el proceso siga siendo justo y transparente.

Cuadro N.° 08. Propuesta del procedimiento de la desvinculación jurídica



10. LAS FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ACTORES EN EL PROCESO

Cuando se presenta una denuncia, el fiscal asume el rol de líder de la investigación. Su primera tarea es llevar a cabo las diligencias preliminares y luego calificar legalmente los hechos. Esta calificación es exclusiva del fiscal.

Después de la investigación, el fiscal puede hacer dos cosas: solicitar el sobreseimiento (pedir que el caso se archive) o formular una acusación. Ambas opciones pasan por el control riguroso de un Juez de Investigación Preparatoria, cuya función es verificar que la acusación esté bien sustentada con hechos, pruebas y una calificación legal correcta.

Si bien el fiscal es un profesional especializado, los errores pueden ocurrir, especialmente si delega la investigación a la policía sin ejercer un control adecuado. Idealmente, el Juez de Investigación Preparatoria debería detectar y corregir estos errores en la etapa de control de acusación, para evitar que el caso avance a juicio con una calificación incorrecta.

Lamentablemente, si el error no se corrige a tiempo, el Juez Penal del juicio oral es quien se ve en la posición de aplicar la desvinculación jurídica. Esta facultad está diseñada para permitir al juez corregir una calificación legal errónea, pero su aplicación ha generado problemas.

El texto señala que, aunque existe un nuevo Código Procesal Penal (el de 2004), muchos jueces siguen arrastrando las malas prácticas del antiguo sistema (el de 1940). Un claro ejemplo es la mala aplicación de la desvinculación jurídica, ignorando el procedimiento establecido en el artículo 374 del Código Procesal Penal de 2004, que fue creado precisamente para garantizar los derechos del acusado.

Cuando un juez aplica incorrectamente la desvinculación jurídica, las consecuencias son graves. Los tribunales superiores, como las Salas Penales de la Corte Suprema, han declarado nulas muchas de estas sentencias, ordenando que se inicie un nuevo juicio.

Esto no solo genera un desgaste enorme de recursos y tiempo, sino que también puede llevar a la impunidad si la prisión preventiva del acusado vence antes de que se inicie el nuevo juicio.

La conclusión es clara: la incorrecta aplicación de la desvinculación es un problema grave que demuestra que, si bien hemos cambiado las leyes, no siempre hemos cambiado nuestra forma de pensar y actuar en el sistema judicial. Esto implica una corresponsabilidad funcional que podría acarrear sanciones administrativas, civiles y penales para los jueces y fiscales involucrados.

11. LA ACUSACIÓN FISCAL

Artículo 349°.- Contenido (…)

> *2) La acusación fiscal sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.*
>
> *3) En la acusación, el Ministerio Público podrá señalar, alternativamente o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultare demostrado en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado;*

El Acuerdo Plenario N.° 06-2009/CJ-116 establece un principio clave en el sistema penal: la acusación fiscal es el acto que da inicio al juicio. La fiscalía, como única entidad que persigue los delitos públicos, tiene la responsabilidad de presentar una acusación formal. En ella, debe detallar de manera clara y precisa por qué se acusa a una persona, basándose en las pruebas de la investigación.

Para que una acusación sea válida, debe cumplir con varios requisitos:

a) Aspecto Subjetivo:

   1) Legitimación del Fiscal: El fiscal debe tener la autoridad legal para presentar la acusación.

   2) Legitimación del Acusado: El acusado debe ser una persona real, que haya sido formalmente identificada e incluida en la investigación preparatoria. Esto evita que alguien sea acusado por sorpresa.

b) Aspecto Objetivo:

   1) Fundamentación Fáctica: La acusación debe describir de forma detallada y clara los hechos delictivos, incluyendo el lugar, el tiempo y cómo se cometieron.

   2) Fundamentación Jurídica: Debe especificar el delito que supuestamente se cometió y las leyes que lo regulan. Esto incluye el tipo de delito, el grado de participación (si fue autor, cómplice, etc.) y las circunstancias agravantes o atenuantes.

   3) Petición Concreta: La fiscalía debe solicitar una pena específica para el acusado.

La acusación no es solo un documento legal; es la base sobre la que el acusado construirá su defensa. Al ser notificado de la acusación, el acusado sabe exactamente de qué se le está imputando y puede prepararse para el juicio. Esto fortalece el derecho fundamental de conocimiento previo de la acusación. La acusación también introduce la pretensión civil para que la víctima pueda reclamar los daños y perjuicios sufridos.

El principio acusatorio es un pilar del juicio oral. Establece que el juez no puede ir más allá de los hechos que la fiscalía ha presentado en la acusación. Esto significa que debe haber una correlación entre la acusación y la sentencia.

a) Identidad de la persona: El juez no puede cambiar la identidad del acusado.
b) Identidad de los hechos: Los hechos principales del crimen no pueden alterarse. Aunque el juez puede añadir detalles menores, la esencia de lo sucedido debe permanecer inalterable.
c) Homogeneidad de la calificación legal: El juez no puede condenar por un delito más grave que el acusado o por uno que no sea similar al original (que no proteja el mismo bien jurídico).

El respeto a estos principios garantiza que el acusado se defienda de un cargo específico y no de algo que el juez pueda "inventar" durante el juicio. Si estos principios no se respetan, se viola el derecho de defensa y el principio de contradicción, haciendo que el proceso sea nulo.

12. LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU CORRELACIÓN CON LA SENTENCIA JUDICIAL

Artículo 397°.- Correlación entre acusación y sentencia

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.

La correlación entre la acusación y la sentencia es uno de los temas más discutidos y cruciales en el derecho penal moderno. Este principio, fundamental en los sistemas judiciales de países como Ecuador, Chile, República Dominicana y Perú, asegura que nadie pueda ser condenado por algo que no se le haya acusado previamente.

Para garantizar un juicio justo, la correlación debe ser doble:

a) Correlación Subjetiva: El proceso penal es entre partes, lo que significa que el acusado no es un simple objeto del juicio. Tiene derechos que deben ser protegidos. El principio aquí es claro: nadie puede ser condenado sin haber sido acusado formalmente primero. Esto asegura que todo acusado sea informado de los cargos en su contra y tenga tiempo suficiente para preparar su defensa.

b) Correlación Objetiva: El derecho a conocer la acusación no es solo saber que te acusan, sino también entender exactamente por qué. Se trata de conocer los hechos específicos del delito que se te atribuye para poder defenderte de ellos, presentando tus propias pruebas y argumentos.

La mayoría de los sistemas judiciales modernos separan las funciones de investigar y juzgar. El juez de garantía o de investigación preparatoria se encarga de velar por los derechos de la persona durante la investigación, mientras que otro juez o tribunal es el responsable de llevar a cabo el juicio. Esta separación evita que un mismo juez investigue y juzgue, garantizando así la imparcialidad del tribunal sentenciador.

El principio acusatorio se basa en tres reglas esenciales:

1) Imparcialidad del juez: El juez no puede dirigir la investigación, ya que su rol es el de juzgar de manera imparcial.

2) Necesidad de una acusación: No puede haber juicio ni condena si no hay una acusación formal presentada por una entidad externa al tribunal (la fiscalía).

3) Límite de la sentencia: La condena no puede ser por hechos o personas distintas a las que se mencionan en la acusación.

Aunque la correlación es la regla general, el Tribunal Constitucional ha establecido que los jueces pueden apartarse de la acusación fiscal, pero solo bajo ciertas condiciones estrictas:

a) Se deben respetar los hechos de la acusación.

b) El delito por el que se condena debe proteger el mismo bien jurídico que el delito acusado.

c) Se debe respetar en todo momento el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Esto asegura que, aunque el juez pueda corregir un error en la calificación legal, el acusado siempre será juzgado por los hechos que se le imputaron inicialmente, sin sorpresas ni violaciones a sus derechos fundamentales.

12.1. El problema concreto de la correlación

La relación entre la acusación de la fiscalía y la sentencia del juez no es simple. Es uno de los temas más complicados en el derecho penal, ya que involucra varios principios fundamentales que deben coexistir en armonía. Por un lado, está el principio acusatorio, que exige un juez imparcial y separado de la acusación. Por el otro, está la necesidad de un juicio justo, que garantice la defensa del acusado sin sorpresas.

Aunque la correlación entre la acusación y la sentencia es un pilar de un juicio justo, no significa que el juez deba simplemente copiar lo que dice la acusación. El juez tiene la facultad de no estar atado a la estricta calificación legal que la fiscalía dio a los hechos. Puede condenar por un delito diferente, siempre y cuando los hechos no cambien.

Lo que sí está absolutamente prohibido es que el juez incluya nuevos hechos en la sentencia que no fueron parte de la acusación original. Por ejemplo, si un acusado es juzgado por robo en un lugar, el juez no puede condenarlo por un robo en otro lugar o por un delito completamente diferente que no fue parte de la acusación. Esto asegura

que el acusado se defienda de un conjunto de hechos concretos y no de una historia que cambia a lo largo del proceso (PEÑA CABRERA, 2013: 440).

La relación entre la acusación y la sentencia es un tema central en el derecho penal. Existe un principio dominante en el derecho procesal penal que establece que la correlación o congruencia solo debe darse con el objeto del proceso, es decir, con los hechos de la acusación. Los otros elementos, como la calificación jurídica del delito o la pena solicitada por el fiscal, no son tan rígidos.

Esto se debe a que el juez tiene la facultad de aplicar el principio "*iura novit curia*", que significa "el juez conoce el derecho". Este principio le da al juez la libertad de no estar atado a la calificación legal que el fiscal propone. La tarea del juez es apegarse a la norma y aplicar la ley correcta según su propio criterio. En el ámbito penal, este principio cobra aún más fuerza, porque los derechos y las leyes involucradas no son negociables, a diferencia de los casos civiles.

De hecho, algunos juristas defienden que, en teoría, un fiscal podría incluso presentar una acusación solo con los hechos, sin necesidad de darles una calificación legal. Esto resalta la idea de que los hechos son el verdadero fundamento de la acusación, y es el juez quien debe aplicarles la ley que corresponde (MONTERO, 1997: 120 y 128).

Esta posición de subordinación exclusiva al hecho controvertido y absoluta libertad en cuanto a la calificación, tiene su asiento en el principio acusatorio. Pero el problema se torna complejo cuando el Tribunal, en virtud de este proceder puede sorprender al imputado en su sentencia con una calificación distinta a la que había sido objeto de la imputación del fiscal. Se presenta entonces como un elemento de conflicto la vigencia del principio de contradicción y la prohibición de indefensión, que obligan a que no se pueda arribar a una conclusión condenatoria, sin antes haber sometido a debate todos los aspectos contenidos en la acusación (ARMENTA, 2004).

En esencia, el texto describe cómo el sistema penal cubano, heredero del modelo español, maneja la posibilidad de cambiar la calificación de un delito durante un juicio. Esta facultad se conoce como la tesis de desvinculación.

La desvinculación es una herramienta procesal que obliga al tribunal a avisar al acusado y a la defensa sobre cualquier cambio en la calificación del delito, la aparición de nuevas circunstancias, o la posibilidad de un incremento en la pena. El objetivo es evitar que el acusado sea tomado por sorpresa. Esto asegura que la defensa pueda prepararse para la nueva calificación y ejercer su derecho a la contradicción, un pilar de un juicio justo.

Aunque la desvinculación busca proteger el derecho a la defensa, ha sido un tema muy polémico. Algunos expertos en derecho argumentan que su aplicación viola el principio acusatorio. Según este principio, la función de acusar y la de juzgar deben estar estrictamente separadas para garantizar la imparcialidad. Para estos críticos, cuando el juez cambia la calificación del delito por su cuenta, está asumiendo un rol más activo y cercano al de la fiscalía, lo que consideran un acto típicamente inquisitivo y una ruptura del equilibrio entre las partes en el juicio (GÓMEZ, Juan Luis y otros, 2004: 98).

No obstante, el inconveniente se torna complicado cuando el Juzgado, en consecuencia, de este proceder puede asombrar al procesado en su fallo con una calificación distinta a la que había sido objeto de la imputación del fiscal. Entonces, se presenta un mecanismo de conflicto a la eficacia del principio de contradicción o bilateralidad y la prohibición o limitación del derecho de defensa, que forzó a que no se pueda llegar a una conclusión condenatoria, sin previo debate todos los elementos comprendidos en la acusación (MENDOZA, 2009: 154).

En un sistema de justicia moderno, como el peruano, el juicio penal es como una batalla de argumentos, pero con reglas muy claras. A esta dinámica se le conoce como sistema adversarial, y tiene tres actores principales:

a) El Fiscal: Es la parte acusadora. Su trabajo es probar la culpabilidad del acusado, presentando las pruebas y argumentos para que se le imponga una pena.

b) La Defensa: Su rol es defender al acusado, presentando argumentos en su contra y refutando las pruebas de la fiscalía.

c) El Juez: Su posición debe ser de total imparcialidad. El juez no está del lado de nadie; su única función es escuchar las pruebas y los argumentos de ambas partes para tomar una decisión justa, basada solo en lo que se ha debatido en el juicio.

La imparcialidad del juez es tan importante que le prohíbe tomar el rol de una de las partes. El juez no puede, por su cuenta, crear una nueva acusación o una nueva teoría del caso que no haya sido planteada por el fiscal. Hacerlo sería una violación grave al principio de congruencia, que es un pilar fundamental del debido proceso (SAN MARTIN, 2000: 572).

Existen dos razones principales para que se respete esta regla:

a) El Derecho a la Defensa en Juicio: Nadie puede ser condenado por algo que no ha tenido la oportunidad de debatir y contradecir. El juez no puede sorprender al acusado con una nueva acusación en la sentencia.

b) El Derecho a Ser Informado de la Acusación: Para que una defensa sea efectiva, el acusado debe saber de qué se le acusa exactamente. El acusado debe tener pleno conocimiento de los hechos y la justificación legal de la acusación para poder construir una estrategia de defensa sólida. Sin este conocimiento previo, no puede haber una defensa real.

12.2. La correlación en cuanto a la calificación y la pena

Existe el principio de discrecionalidad por parte del tribunal para calificar los hechos probados según (MENDOZA, 2009: 165) su propio criterio jurídico pasa por dos posiciones conceptuales encontradas:

a) Condenar por el delito que crea conveniente e imputar la pena que concierna sin necesidad de anticiparse a la audiencia del juicio oral su criterio.

b) El deber de advertir a las partes involucradas sobre la posible variación de la calificación y la pena, como requerimiento indispensable de congruencia de la sentencia.

Dicho de otra manera, el órgano jurisdiccional les confiere la posibilidad de pronunciarse sobre la nueva tesis delictiva de ofrecer la prueba que corresponda. En

decir, *se realiza un nuevo juicio sobre los hechos que fundamentan de la nueva calificación de las partes acusadoras*, que han surgido a lo largo del proceso, que no integraban la acusación inicial y que deben ser combatidos en un nuevo juicio.

Según la jurisprudencia española, la identidad del hecho punible entre la acusación inicial y la sentencia y aunque varíe la calificación jurídica, siempre que los tipos de delitos sean homogéneos, en el sentido que todos los elementos del que se acusó y consiguientemente haya podido haber defensa respecto a la misma. En caso de que el tipo que se estime correcto sea más grave que el acusado, el tribunal deberá someterlo previamente a debate, situación ultima que se extiende a la a apreciación del oficio de circunstancias agravantes y otros elementos agravatorios. Es de tener en presente que la homogeneidad entre el tipo de delito afirmado por el fiscal y el tipo de delito que afirme la sentencia es del todo aceptable porque es índice de la coincidencia de los elementos de hecho esenciales para los diferentes tipos de delito que se han barajado en el proceso. (SAN MARTIN, 2000: 572).

Asimismo, la desvinculación debe cumplir otros requisitos:

a) Que el órgano jurisdiccional no altere los hechos aducidos en el proceso.

b) Que el órgano jurisdiccional, al desvincularse fije una sanción dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulta de la calificación de los hechos formulados en la acusación y debatida en los procesos, no se puede imponer una mayor pena que correspondiente al delito efectivamente imputado. La desvinculación, entonces se encuentra prohibida cuando afecta la homogeneidad del bien jurídico y cuando su carácter sorpresivo produce una efectiva indefensión material.

Es de asumir que una amplia posibilidad desvinculatoria, aunque interpretada restrictivamente por los problemas que trae condigo a las garantías procesales, solo puede ejercerse si previamente se pone en conocimiento al imputado de tal posibilidad siempre que la modificación pretendida de uno a otro modo haya formado parte del debate contradictorio, pues de lo contrario el factor sorpresa lesiona irremediablemente la vigencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio. La absoluta falta en nuestro sistema vigente de normas imperativas que ordenen ponerse en discusión de las partes

procesales una posible desvinculación impide un uso amplio de esta técnica, salvo que pretoriamente o invocando directamente las normas constitucionales tal mecanismo procesal se haga efectivo (SAN MARTIN, 2000: 576).

La determinación de la pena a cargo del órgano jurisdiccional no es sino la plasmación del principio de legalidad en materia de sanciones penales que rige nuestro ordenamiento punitivo. El juez, por ello, ha de respetar cumplidamente los límites de las penas y el sistema individualizado de las misma y sobre la base del respeto a los derechos del acusado podrá recorrer el quantum de la sanción dentro de los parámetros que el Código Penal reconoce. Un límite adicional, de carácter formal, a la posibilidad judicial de imponer una pena mayor que la pedida del fiscal, es la especial motivación del fallo extremo. Para ello, el tribunal no solo debería mencionar la pena pedida del fiscal y las razones que se invocaron por hacerlo, sino que incorporara una fundamentación adicional y expresa destinada a mencionar las razones por las que la pena debe ser mayor a la pedida por el fiscal con una específica mención de los motivos jurídicos que la amparen. Esta exigencia es compatible con la garantía de motivación de fallos y su ausencia restringida demás el derecho a la tutela jurisdiccional (SAN MARTIN, 2012: 452).

Cuando un juez está a punto de emitir una sentencia, tiene que decidir si condena por el delito que la fiscalía propuso o si cambia la calificación. Esto ha generado dos posturas muy diferentes:

1) Condenar sin aviso: Una postura sostiene que el juez puede simplemente condenar por el delito que considera correcto e imponer la pena que corresponda, sin necesidad de avisar a las partes sobre su decisión.
2) Avisar a las partes: La otra postura argumenta que el juez está obligado a alertar a las partes sobre cualquier posible cambio en la calificación del delito y la pena. Esta advertencia se considera un requisito fundamental para que la sentencia sea coherente y justa.

Esta tensión se relaciona directamente con el principio acusatorio, que exige una clara separación entre quien acusa (el fiscal) y quien juzga (el juez). El profesor Gómez Colomer destaca esta ambivalencia. Por un lado, algunos juristas consideran que, si el

juez cambia la calificación del delito por su cuenta, está asumiendo un rol activo que es más propio de un sistema inquisitivo. Esta acción, para ellos, rompe el equilibrio y viola el principio acusatorio.

Sin embargo, la mayoría de los expertos legales defienden que no hay tal violación. La razón es que el juez no está cambiando los hechos, sino solo la calificación legal de esos hechos. El compromiso del tribunal es con la verdad de lo que sucedió en el caso, no con la calificación inicial de la fiscalía. Por lo tanto, el juez tiene el poder de aplicar la ley que mejor se ajuste a los hechos probados, siempre y cuando estos se mantengan inalterables (GÓMEZ Juan Luis, 2014: 281).

Las posiciones doctrinales en uno u otro sentido invocan siempre el respeto al principio acusatorio, ligado al de contradicción, en pos de evitar indefensión. Nos llama la atención con acierto Teresa ARMENTA, sobre la confusión que ordinariamente se presenta y la necesidad de individualizar el alcance de estos principios, que, aunque íntimamente ligados e interrelacionados, tiene cada uno su ámbito de aplicación. Mientras el principio acusatorio se refiere a la posición del tribunal con relación al objeto del proceso y su disponibilidad, el de contradicción se relaciona con la necesidad de la contienda entre partes, de tal suerte que no puede sorprenderse al imputado con una modificación que pueda colocarlo en estado de indefensión (ARMENTA, 2007: 305).

No obstante la acertada alerta de la profesora de Girona, la fusión o complementariedad del principio de contradicción con el acusatorio está presente profusamente en la doctrina y la jurisprudencia de ese país, y así se manifiesta en pronunciamientos del Tribunal Constitucional español: *"... el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción"* (PALOMARES, 2005: 61).

Si bien la normativa española actual mantiene la tesis de desvinculación en los mismos términos en que fue concebida originariamente, los autores de ese país llaman la atención sobre los cambios que se introdujeron en su interpretación, como consecuencia de la Constitución de 1978; en tal sentido en la actualidad el Tribunal sólo

puede sancionar por delito más grave que el originalmente imputado si, utilizada la tesis de desvinculación, el Ministerio Fiscal o cualquier otro acusador lo acepta y hace suya; en caso contrario no puede el Tribunal sancionar por un delito más grave, pues se considera que se convertiría en juez y parte (GÓMEZ Juan Luis, 2014: 281 y 282).

13. LA VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Es importante resaltar que la problemática de la aplicación de la desvinculación penal se debe a que vulnera los siguientes principios – derechos:

13.1. El principio de *iura novit curia*

En la formación y praxis del derecho, se remonta al derecho romano e implica la presunción lógica del conocimiento del derecho por parte del juez. Es decir, que este por su formación y cultura profesional y funcional tiene sólidos conocimientos del derecho aplicable al caso. En tal sentido, no es necesario que las partes en un litigio prueben ante la autoridad judicial lo que dicen las normas.

Ahora bien, la operación procesal y decisional en la que más claramente se pone de manifiesto el sentido de dicho principio es la subsunción. Esto es, la interrelación que debe hacer la fiscalía, bajo el control del órgano jurisdiccional entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo. En términos más concretos, la subsunción de hechos en el precepto de una norma es lo que conocemos como su calificación jurídica.

Sobre el particular, la doctrina española ha señalado correctamente *"(...) que una vez establecido que los hechos que fueron objeto de la acusación se dieron en el pasado, el órgano judicial pasará a realizar el juicio jurídico, es decir, a determinar si los hechos probados tienen o no calificación posible desde el punto de vista penal. En esa operación el juzgador no tiene ninguna limitación, pudiendo calificar de modo distinto a como se hizo en la acusación, siempre que lo haga exclusivamente sobre los hechos objeto de la acusación y no se vulnere el derecho a la defensa; o incluso considerar que no constituye delito"* (ESQUIAGA, 2000).

Entonces, bajo la premisa que hemos sostenido de que el juez juzga y no persigue, corresponde a él efectuar la adecuada calificación jurídica de los hechos. En

consecuencia, si los hechos han sido calificados jurídicamente en la formalización la investigación preparatoria de manera errónea, en la audiencia de control de acusación, el juez de investigación preparatoria debe disponer la recalificación jurídica.

13.2. El principio de legalidad

La garantía de *lex praevia* se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, la misma debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización; en tal sentido, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos *ex nunc* (desde el momento en que se crea hacia el futuro: por regla general hasta que sea derogada), pero no *ex tunc* (retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores). Con dicha garantía se restringe también la aplicación de consecuencias jurídicas que no hayan estado previstas con anterioridad a la comisión del delito y que agraven la situación jurídica del imputado.

La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto el prescribir cuál es el espacio de juego (Der Spielraum) dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas en un Estado de Derecho; esto es, este principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática se extiende no solo a la observancia de una conducta conforme a la norma, prohibitiva o imperativa, sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Fundamentalmente es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento, según el caso. Esto significa que, una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, la pena debe fijarse de acuerdo con las reglas de determinación judicial de la pena.

13.3. El principio *ne bis in ídem*

Sobre la denominación del principio de la prohibición de doble o múltiple incriminación por la misma conducta imputada y fundamento, a la misma persona; en la doctrina nacional y extranjera, se utilizan, con frecuencia, dos denominaciones: 1) "*non*

bis in ídem, denominación que usa por ejemplo (Gimeno, 2007, p. 82) entre otros; y 2) "*ne bis in ídem*; en su generalidad, sin dar mayores explicaciones sobre dicha forma de denominar al principio materia de comento.

El principio de *ne bis in ídem*, es una garantía constitucional, reconocida de manera implícita dentro del contenido esencial constitucionalmente protegido del Derecho Constitucional del debido proceso, comprendido en la prescripción constitucional del inciso 13 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, interpretado en concordancia con el inciso 2 de la misma norma constitucional, conforme al principio de unidad constitucional; sentido en que fue desarrollado por el Tribunal Constitucional, entre otros, en la Sentencia dictada en el expediente N° 8123-2005-PHC/TC.

La garantía constitucional del principio de *ne bis in ídem*, constituye la prohibición que tiene el Estado, de sancionar y/o juzgar – *perseguir*- a una persona, dos o más veces por una misma conducta, sustentada en la misma causa de persecución o sanción; es decir, en un Estado de Derecho, ninguna persona puede ser objeto de una persecución y/o sanción múltiple, por una misma conducta, sustentado en una misma causa de persecución.

13.4. El principio de contradicción

El contradictorio es el corazón de cualquier proceso legal. No se trata de una confrontación caótica, sino de un debate ordenado y con reglas claras. Es un principio fundamental que garantiza que las partes de un juicio puedan debatir y oponerse a los argumentos de la otra de una manera justa y metódica.

El contradictorio se activa cuando la fiscalía presenta su imputación concreta, es decir, los cargos específicos y las pruebas que tiene en tu contra. Esta acusación es el punto de partida de la discusión. A partir de ese momento, el acusado y su defensa tienen el derecho y la oportunidad de oponerse y refutar cada uno de los argumentos de la fiscalía.

Esta lógica se aplica en cada una de las etapas del proceso, desde los alegatos iniciales hasta la presentación de las pruebas. Por ejemplo, en el juicio oral, la fiscalía

presenta sus argumentos primero y luego la defensa responde. Esto también se aplica a la presentación de nuevas pruebas: si la fiscalía presenta una nueva prueba, los otros involucrados en el caso tienen la oportunidad de contradecirla.

En esencia, el contradictorio asegura que la fiscalía siempre cargue con la prueba. Esto significa que es el fiscal quien tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del acusado, y no al revés. Este es un principio fundamental que protege al acusado y garantiza un juicio justo y equilibrado.

13.5. Derecho de defensa

El artículo 8º, 2.d, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que el inculpado tiene derecho a "defenderse personalmente o [a] ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". A su vez, el artículo 139º, inciso 14), de la Constitución Política del Perú señala que toda persona "Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

Asimismo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar (EXP. N.° 00910-2011-PHC/TC, HUÁNUCO, Anacleto Eugenio Huarauya Justiniano y otros. 24.05.2011).

Sobre el derecho de defensa, este Tribunal Constitucional ha establecido que su contenido esencial queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Asimismo en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. Nº 0582-2006-PA/TC; Exp. Nº 5175-2007-HC/TC, entre otros).

A partir del entendimiento genérico de la "defensa" como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces, o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de cualquier orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estas materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición (…).

13.6. El debido proceso

La Constitución peruana, en su artículo 139, protege el derecho al debido proceso, un principio fundamental para garantizar una justicia justa. El Tribunal Constitucional ha interpretado que este derecho es como un gran paraguas que contiene

otros derechos esenciales, como el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales y, de forma muy importante, el derecho a probar.

El Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto: aunque el derecho a probar no es un derecho independiente, es un componente básico del debido proceso.

Este derecho permite que cualquier persona en un juicio, ya sea el demandante o el acusado, pueda presentar pruebas que apoyen su versión de los hechos o su defensa.

Este derecho es complejo, ya que abarca varios aspectos:

1) Ofrecer pruebas: Tienes el derecho de presentar cualquier medio de prueba que consideres necesario.
2) Admisión de pruebas: El juez debe admitir tus pruebas, siempre y cuando sean pertinentes y legales.
3) Actuación de pruebas: Las pruebas deben ser presentadas y analizadas de forma adecuada durante el juicio.
4) Valoración de pruebas: El juez debe valorar tus pruebas de manera adecuada y justa.
5) Motivación escrita: La decisión del juez sobre el valor de tus pruebas debe estar escrita y justificada. Esto te permite verificar que el juez las consideró correctamente al tomar su decisión.

13.7. El principio acusatorio

En la jurisprudencia peruana, el principio acusatorio es una garantía fundamental de un juicio justo. Es la base de un sistema legal donde los roles de cada entidad están claramente definidos para asegurar que el proceso sea imparcial.

Una de las características más importantes del principio acusatorio es que la tarea de acusar y la de juzgar están en manos de entidades separadas. El Ministerio Público (la fiscalía) es el único responsable de investigar un delito y presentar una acusación formal. El juez, por su parte, es el encargado de tomar la decisión final. Esta separación, respaldada por la Constitución, evita que un mismo organismo investigue, acuse y juzgue.

El principio acusatorio garantiza que un proceso penal solo puede existir si hay una acusación formal de la fiscalía. Esto significa que nadie puede ser condenado por hechos que no fueron parte de la acusación o si no es la persona descrita en ella.

Esta inmutabilidad de los hechos es una protección clave para el acusado. Si el juez pudiera cambiar los hechos de la acusación en cualquier momento, el acusado y su defensa se verían en una situación injusta, ya que no podrían defenderse de algo que no fue parte del debate. Por lo tanto, el principio acusatorio no solo define los roles, sino que también asegura que el juicio sea justo y que se respete el derecho de defensa.

13.8. Principio de congruencia o correlación de la acusación con la sentencia

> *(...), se erige el principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, el cual constituye un límite a la potestad de decisión del juzgador, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal sea respetada al momento de emitirse sentencia.*
>
> *(...). Quien fija el objeto del proceso es el fiscal, pero fijar la imputación –aspecto fáctico- no comprende el juicio de tipicidad –aspecto jurídico-. Ergo, no es una expresión del principio acusatorio y, por ende, se pueda modificar en la sentencia. Solo cuando la recalificación jurídica que haga el juez sea más gravosa para el acusado, el juez que se desvincula de la calificación hecha por el fiscal deberá advertirlo en el transcurso del debate y, de ser necesario, suspender para que pueda ejercer el derecho de defensa, conforme lo prevé el inciso 1 del artículo 374° del Código Procesal Penal.*

La correlación entre la acusación y la sentencia se centra en los hechos, no en la calificación legal del delito. El juez tiene la libertad de cambiar la calificación legal si lo considera necesario, ya que su deber es aplicar la ley correctamente, un principio conocido como "*iura novit curia*" (el juez conoce el derecho). Una sentencia basada en una calificación errónea es inaceptable, pues vulneraría el principio de legalidad, una garantía fundamental protegida tanto por la Constitución peruana como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que el principio de correlación actúa como un límite para el juez. Sin embargo, este límite no es absoluto. El juez puede, y en ocasiones debe, apartarse de la acusación del fiscal, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones para proteger los derechos del acusado.

Para que el juez pueda cambiar la calificación del delito, debe asegurarse de que:

a) Los hechos se mantengan inalterables. El juez no puede condenar a una persona por un hecho que no fue parte de la acusación.

b) Se respete el mismo bien jurídico protegido. Si el delito original protegía la propiedad, el nuevo delito también debe protegerla.

c) Se garantice el derecho de defensa y el principio de contradicción. El acusado debe tener la oportunidad de defenderse de la nueva calificación.

En última instancia, si bien el fiscal tiene la responsabilidad de presentar la acusación, el juez tiene el deber de aplicar la ley de manera justa y precisa, garantizando que el acusado sea juzgado por los hechos reales y con todas las garantías legales (Sentencias 02179-2006-PHC/TC y 00402-2006-PHC/TC).

De ahí que el juzgador penal puede dar al hecho imputado una distinta definición jurídica sin que ello comporte *per se* la tutela de diferente bien jurídico que no sea el protegido por el ilícito imputado, pues la definición jurídica al hecho imputado por un tipo penal que tutele otro bien jurídico, *en principio*, implicaría la variación de la estrategia de la defensa que en ciertos casos puede comportar la indefensión del procesado.

14. CONCURSO REAL Y DESVINCULACIÓN JURÍDICA

En la jerga legal, el concurso aparente de leyes penales ocurre cuando una sola acción parece encajar en varios delitos, pero en realidad, solo uno de ellos se aplica. La clave es que es solo una apariencia de concurso, no un concurso real de delitos.

Para saber si estamos ante un concurso aparente, se deben cumplir las siguientes condiciones:

a) Una única acción: La persona cometió una sola conducta.

b) Múltiples leyes: Esa única acción parece violar varias leyes penales a la vez.

c) Una sola ley se aplica: A pesar de las apariencias, solo una de esas leyes penales es la que realmente corresponde al delito.

d) Criterios de exclusión: Para resolver esta aparente confusión, se usan cuatro criterios: especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad. Estos criterios ayudan a descartar las leyes que no se aplican, dejando solo la correcta.

La mayoría de los expertos en derecho penal están de acuerdo con este concepto.

a) Bacigalupo lo define como una situación donde el contenido ilícito de un delito ya está incluido en otro, de modo que solo se ha cometido una única ofensa a la ley.

b) Jakobs explica que, aunque varias leyes penales parecen aplicarse, una sola de ellas es suficiente para definir el delito.

c) Bustos lo resume diciendo que un solo hecho es abarcado por varios tipos penales, pero solo uno de ellos lo describe completamente.

15. LA DESVINCULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El análisis de la desvinculación procesal de la acusación fiscal adquiere mayor precisión cuando se contrasta con la regulación y la práctica de otros sistemas procesales penales de la región y de la tradición continental europea. La comparación no tiene por objeto trasladar mecánicamente soluciones extranjeras al Perú, sino identificar las respuestas que distintos ordenamientos han dado a un problema común: qué hacer cuando el órgano jurisdiccional advierte, durante el juicio, que la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público no es la que corresponde a los hechos probados.

La cuestión es recurrente en todos los sistemas. Cualquier modelo que atribuya al juez la función de decidir sobre la culpabilidad y la pena debe resolver la tensión entre dos exigencias: por un lado, el juez conoce el derecho y no está obligado a aceptar una calificación errónea; por otro, el acusado tiene derecho a conocer con anticipación la imputación que se le dirige y a defenderse de ella. La forma en que cada legislación equilibra ambas exigencias revela su concepción del proceso, su grado de adhesión al principio acusatorio y el lugar que ocupan las garantías de contradicción y defensa.

15.1. La experiencia española

En España, la regulación del proceso penal se remonta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, cuyo diseño original combinaba elementos de la instrucción escrita con una fase de juicio oral. Durante buena parte del siglo XX, la doctrina y la jurisprudencia discutieron si el tribunal podía sentenciar por un delito distinto del acusado sin que ello afectara el derecho de defensa. La respuesta que se consolidó distingue entre la posibilidad de otorgar al hecho una calificación diferente, que se admite bajo ciertas condiciones, y la posibilidad de condenar por hechos distintos, que está vedada.

La jurisprudencia española ha insistido en que la identidad del hecho punible debe mantenerse entre la acusación y la sentencia. Cuando el tipo penal que el tribunal considera aplicable es homogéneo con el acusado, es decir, cuando los elementos fácticos esenciales coinciden y el acusado ha podido defenderse frente a ellos, la recalificación resulta admisible. En cambio, cuando el tipo de la sentencia es más grave que el acusado, el tribunal debe someter previamente la nueva calificación al debate

contradictorio. La doctrina española ha subrayado además que, si el acusador no hace suya la tesis de la desvinculación, el tribunal no puede imponer una condena por un delito más grave, porque ello lo convertiría en juez y parte.

Este enfoque es relevante para el Perú porque coincide, en lo esencial, con la regla del artículo 374 del Código Procesal Penal de 2004. Tanto en el modelo español como en el peruano, la advertencia previa a las partes funciona como el mecanismo que transforma una facultad potencialmente sorpresiva en una facultad sometida al contradictorio. La diferencia práctica más notable radica en que el modelo peruano ha codificado de manera expresa el procedimiento, mientras que el español ha dependido en mayor medida de la construcción jurisprudencial y constitucional.

15.2. El modelo chileno

El Código Procesal Penal chileno, vigente desde el año 2000, es uno de los referentes de la reforma procesal penal latinoamericana. Su diseño acusatorio separa con claridad las funciones de investigación, acusación y juzgamiento, y concentra la prueba en la audiencia de juicio oral. En este marco, la posibilidad de que el tribunal otorgue al hecho una calificación jurídica distinta de la formulada en la acusación ha sido objeto de atención doctrinal y jurisprudencial, especialmente en lo referido a la necesidad de advertir a los intervinientes antes de la decisión.

La doctrina chilena ha señalado que la advertencia cumple una doble función. La primera es procesal: permite que las partes ajusten su estrategia probatoria y argumentativa a la nueva perspectiva jurídica. La segunda es garantista: impide que el acusado descubra en la sentencia que la imputación por la que se defendió ha sido reemplazada por otra. Esta lógica coincide con la que sustenta el artículo 374 del Código Procesal Penal peruano, que establece el deber de advertir al fiscal y al imputado y prevé la suspensión del juicio para preparar la defensa.

Otro aspecto que la doctrina chilena ha destacado es la diferencia entre el cambio de calificación y el cambio de hecho. El primero es, en principio, admisible siempre que el hecho se mantenga; el segundo constituye una alteración de la acusación que exige una nueva acusación, con todas las garantías que ello conlleva. Esta distinción

es la base de la regla peruana de inmutabilidad de los hechos, que el Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116 y la jurisprudencia suprema posterior han reiterado.

15.3. El modelo colombiano

El sistema procesal penal colombiano, incorporado por la Ley 906 de 2004, organiza el proceso en torno a la audiencia de juicio oral y a los principios de oralidad, inmediación y contradicción. La regulación del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia ha sido desarrollada tanto por el legislador como por la Corte Suprema de Justicia colombiana, que ha precisado que la sentencia debe referirse a los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación, aunque el juez tenga libertad para calificarlos de manera distinta.

La jurisprudencia colombiana ha distinguido, además, entre la congruencia fáctica y la congruencia jurídica. La primera impone que la sentencia no introduzca hechos ajenos a la acusación; la segunda permite al juez, en principio, aplicar una norma distinta siempre que no se afecte el derecho de defensa. Esta distinción coincide con la estructura de los presupuestos desarrollados en la jurisprudencia peruana, en particular con la exigencia de inmutabilidad de los hechos y con la preservación del derecho de defensa como límites a la recalificación.

15.4. La tradición argentina y la doctrina latinoamericana

En Argentina, la doctrina procesal penal ha insistido en la diferencia entre la calificación jurídica y el hecho que constituye su presupuesto. Los códigos procesales de la Nación y de varias provincias, en los modelos acusatorios que se han implementado desde la reforma de comienzos del siglo XXI, reconocen la posibilidad de que el tribunal otorgue al hecho una calificación distinta, con la condición de advertir a las partes y de conceder un plazo para su defensa. La práctica judicial de esos países ha mostrado que la omisión de la advertencia constituye el principal motivo de nulidad de las sentencias que recalifican.

En el conjunto de la doctrina latinoamericana, la discusión se ha organizado alrededor de tres preguntas. La primera es si el juez puede recalificar de oficio. La segunda es hasta dónde alcanza la homogeneidad del bien jurídico como límite. La tercera es qué sucede cuando la nueva calificación es más gravosa para el acusado. Las

respuestas han sido diversas, pero existe un consenso amplio en que la recalificación más grave exige advertencia previa, debate y, de ser necesario, una nueva acusación complementaria.

15.5. Síntesis comparada

La tabla siguiente resume, de manera comparativa, los rasgos que el análisis anterior permite identificar en el modelo peruano y en las referencias extranjeras examinadas. Se trata de una síntesis orientativa y no sustituye el examen de la normativa vigente de cada país.

Cuadro N.° 9. Síntesis comparada de la desvinculación procesal

Aspecto	Perú	España	Modelos acusatorios latinoamericanos
Fuente principal	Código Procesal Penal de 2004, artículos 374 y 397	Ley de Enjuiciamiento Criminal y desarrollo constitucional y jurisprudencial	Códigos procesales penales de reforma (siglo XXI)
Advertencia previa a las partes	Obligatoria, por escrito en la práctica recomendada	Exigida cuando la recalificación es más grave o sorpresiva	Obligatoria en la mayoría de modelos
Límite de homogeneidad del bien jurídico	Reconocido por la jurisprudencia suprema	Reconocido por la doctrina y la jurisprudencia	Reconocido de manera mayoritaria por la doctrina
Límite de inmutabilidad de los hechos	Expreso en el artículo 397 y en la jurisprudencia	Expreso en la doctrina	Expreso en la doctrina y la jurisprudencia
Suspensión para preparar la defensa	Hasta cinco días (artículo 374)	Según el procedimiento aplicable	Plazo variable según el código
Consecuencia de la omisión de advertencia	Nulidad absoluta por vulneración del contradictorio	Nulidad por indefensión	Nulidad o absolución según la jurisprudencia

Del cuadro se desprende que el modelo peruano no es excepcional en la región. Su particularidad radica en la coexistencia transitoria de dos regímenes normativos, el Código de Procedimientos Penales de 1940 con el artículo 285-A incorporado en 2004 y el Código Procesal Penal de 2004, y en la insistencia de algunos órganos jurisdiccionales en aplicar categorías del primero a procesos regidos por el segundo, cuestión que la jurisprudencia suprema ha tratado expresamente.

16. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA DESVINCULACIÓN

Antes de examinar la jurisprudencia y las reglas operativas, conviene precisar los conceptos teóricos que sustentan la desvinculación procesal. Muchas de las controversias que se presentan en la práctica tienen su origen en la confusión entre categorías que el derecho penal distingue con nitidez: el hecho, la calificación jurídica, el tipo penal, el bien jurídico protegido, la participación y la pena. Una delimitación rigurosa de estos conceptos permite determinar, en cada caso, si el juez se encuentra ante una facultad legítima de recalificación o ante una alteración inadmisible de la acusación.

16.1. Hecho, calificación jurídica y tipo penal

El hecho punible es el suceso histórico que el Ministerio Público atribuye al imputado: la conducta, el resultado, las circunstancias de tiempo, lugar y modo, y la relación entre el autor y el resultado. Constituye el objeto del proceso y la base de la imputación. Su contenido es fáctico y, en principio, no admite una reconstrucción distinta una vez que ha sido formulado en la acusación, salvo en los aspectos que favorezcan al imputado o que el tribunal precise a partir de la prueba debatida.

La calificación jurídica es la operación mediante la cual el hecho se subsume en un tipo penal determinado. Es un acto de valoración normativa, que implica identificar qué norma describe la conducta, qué elementos típicos concurren y qué consecuencias jurídicas se derivan. El tipo penal es la descripción abstracta de la conducta prohibida; la calificación es la decisión concreta sobre cuál de esos tipos resulta aplicable al hecho probado.

La distinción entre hecho y calificación es la que permite comprender la desvinculación. El juez no puede modificar el hecho, pero sí puede corregir la calificación, porque la subsunción es una tarea que corresponde en última instancia al órgano que decide. Sin embargo, esta potestad no es ilimitada: la corrección de la calificación no puede producir una condena por hechos que no fueron objeto de la acusación, ni puede atribuir al acusado una responsabilidad distinta que lo coloque en indefensión.

16.2. El principio iura novit curia y sus límites en el proceso penal

El aforismo iura novit curia, según el cual el juez conoce el derecho, es la base dogmática de la facultad de recalificar. Su origen se remonta al derecho romano y su formulación clásica sostiene que las partes deben alegar los hechos, pero no necesitan probar el contenido de las normas, que el juzgador debe aplicar por iniciativa propia. La Casación N.° 533-2020-Ucayali recoge esta idea al señalar que la facultad de dar al hecho una definición jurídica distinta se vincula con el conocimiento del ordenamiento jurídico por parte del juez.

En el proceso penal, sin embargo, el principio admite límites más estrictos que en otros ámbitos. El derecho penal está sometido al principio de legalidad y a la garantía de no sorpresa; la pena no puede imponerse sobre la base de una imputación que el acusado no conoció ni pudo contradecir. Por ello, la jurisprudencia suprema ha precisado que el iura novit curia no autoriza al tribunal a introducir un relato fáctico nuevo ni a alterar la homogeneidad del bien jurídico, y que su ejercicio debe ir acompañado de las garantías de advertencia y debate.

La relación entre el iura novit curia y el principio acusatorio es, por tanto, de subordinación parcial. El juez tiene libertad para aplicar la norma correcta, pero esa libertad se ejerce sobre un objeto que la acusación ha delimitado. Cuando la recalificación modifica el objeto, deja de ser una operación de subsunción y se convierte en una nueva imputación, que exige una acusación complementaria con todas sus garantías.

16.3. La separación de funciones entre acusar y juzgar

El principio acusatorio, reconocido en el sistema procesal peruano, exige que la función de acusar y la función de juzgar estén en manos de órganos distintos. El Ministerio Público es titular de la acción penal y define, en la acusación, el hecho y la calificación que propone. El juez decide sobre la base de lo acusado y de lo debatido. La separación tiene por finalidad impedir que el órgano decisor asuma el papel de acusador, con la consiguiente pérdida de imparcialidad.

Esta separación explica por qué la facultad de desvinculación debe ejercerse con prudencia. Cuando el juez advierte una posible recalificación, no está acusando, pero sí

está proponiendo una perspectiva que el acusador no ha adoptado. Para que esa propuesta no comprometa la imparcialidad, debe formularse de manera transparente, por escrito y motivada, y debe permitir que el Ministerio Público decida si la hace suya. La regla del artículo 374, numeral 1, del Código Procesal Penal cumple esta función: obliga a advertir al fiscal y al imputado, y concede a las partes la oportunidad de pronunciarse.

La Casación N.° 533-2020-Ucayali, al señalar que el Tribunal debe mantenerse dentro de los hechos acusados y que no puede incorporar circunstancias agravantes de oficio sin debate, refuerza esta lectura. El juez mantiene su función decisoria, pero no puede asumir el papel de acusador ni sustituir la estrategia de la fiscalía con nuevas imputaciones.

16.4. Tres categorías de error: calificación, hecho y omisión de circunstancias

Para determinar el alcance de la desvinculación, la doctrina distingue tres categorías de discrepancia entre la acusación y la prueba. La primera es el error de subsunción o error de calificación: los hechos están correctamente descritos, pero la norma aplicada no corresponde a esa descripción. Es el supuesto típico de la desvinculación, porque no altera el objeto del proceso. La segunda es el error sobre el hecho: la acusación describe un suceso que la prueba no confirma, o confirma un suceso distinto. Este supuesto no admite desvinculación, porque exige una nueva imputación. La tercera es la omisión de circunstancias: la prueba revela elementos que modifican la responsabilidad, como la participación, el grado de ejecución o una atenuante, que no fueron mencionados en la acusación.

La jurisprudencia suprema ha reconocido que la tercera categoría presenta matices. La Casación N.° 533-2020-Ucayali precisa que el tribunal puede incorporar circunstancias relativas a la participación o al grado de ejecución, y puede también aplicar circunstancias atenuantes, pero no puede introducir circunstancias agravantes sin debate previo. Esta diferencia se explica porque las circunstancias favorables al acusado no comprometen su defensa de la misma manera que las desfavorables.

La distinción tiene consecuencias prácticas inmediatas. Si el juez identifica un error de subsunción, debe iniciar el procedimiento del artículo 374, numeral 1. Si identifica un error sobre el hecho, debe concluir que la acusación no puede ser corregida

mediante la desvinculación y que, de no existir una acusación complementaria, procede la absolución conforme al artículo 397. Si identifica una circunstancia omitida, debe distinguir si es favorable o desfavorable al acusado, pues de ello depende la necesidad de advertencia previa.

16.5. La contradicción como garantía de previsibilidad

El principio de contradicción, o bilateralidad, exige que ninguna de las partes sea sorprendida por una decisión sobre la que no haya tenido ocasión de pronunciarse. En el proceso penal, su manifestación más relevante es la posibilidad de que la defensa conozca con antelación la imputación que se le dirige y pueda preparar su estrategia. La desvinculación pone a prueba esta garantía porque modifica, aunque no altere los hechos, el marco jurídico en el que se evalúa la prueba.

La doctrina ha señalado que el contradictorio no se satisface con la mera posibilidad abstracta de contestar, sino que exige que la nueva calificación haya sido objeto de debate efectivo. Por eso el artículo 374 no se limita a permitir una respuesta, sino que impone que las partes se pronuncien expresamente y, si lo solicitan, que el juicio se suspenda hasta por cinco días. La regla busca que el contradictorio sea real y no meramente formal.

La jurisprudencia suprema analizada en el anexo adopta una perspectiva matizada. En el Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima, por ejemplo, el tribunal sostuvo que no siempre es exigible que la tesis de la desvinculación haya sido planteada durante el juicio cuando la nueva calificación es producto de una opción jurídica correcta que favorece al acusado y que la defensa pudo advertir. Esta posición se explica por la finalidad garantista de la figura, pero debe aplicarse con cautela para no vaciar de contenido la exigencia de advertencia.

16.6. Favorabilidad y prohibición de reforma en perjuicio

La favorabilidad es el principio según el cual la recalificación resulta admisible cuando beneficia al acusado. En su formulación más simple, permite condenar por un delito menos grave que el acusado cuando la prueba no sustenta el más grave. Sin embargo, la favorabilidad no legitima cualquier alteración de la calificación: su función

es limitar el poder del juez de agravar la situación del acusado, no ampliar sin control su facultad de recalificar.

La prohibición de la reforma en perjuicio, o reformatio in peius, es la garantía que impide que el acusado, cuando es el único recurrente, sufra una sentencia más gravosa que la impugnada. En el proceso de desvinculación, la regla se proyecta sobre la pena: el juez no puede imponer una sanción superior a la solicitada por el fiscal, salvo que se fundamente de manera especial, como exige el artículo 397, numeral 3, del Código Procesal Penal. La motivación reforzada se convierte así en una exigencia formal que protege al acusado de decisiones arbitrarias.

El Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín, cuyo texto se incorpora en el anexo, enumera la favorabilidad como uno de los presupuestos de la desvinculación procesal, junto con la homogeneidad del bien jurídico, la inmutabilidad de los hechos, la preservación del derecho de defensa y la coherencia entre los elementos fácticos y normativos. La inclusión de la favorabilidad en la lista confirma que la figura está concebida, en su núcleo, como un instrumento de garantía para el acusado.

16.7. Tempus regit actum y coexistencia de códigos

El Perú atravesó un periodo de transición en el que el Código de Procedimientos Penales de 1940, que convivía con un sistema mixto, y el Código Procesal Penal de 2004, de corte acusatorio y garantista, fueron aplicados de manera simultánea en distintos distritos judiciales. La coexistencia generó dificultades interpretativas, pues algunos órganos jurisdiccionales citaron el artículo 285-A del Código de 1940 para resolver procesos regidos por el Código de 2004.

La Casación N.° 659-2014-Puno, del 10 de mayo de 2016, aborda este problema de manera expresa. Sostiene que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en su primer inciso, regula el principio tempus regit actum, de modo que no correspondía citar el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales cuando resultaban aplicables los artículos 374 y 397 del Código Procesal Penal. Sin embargo, la Sala Suprema precisa que ese error no determina la invalidez de la sentencia de primer grado, porque se apoya en institutos procesales propios del proceso penal, comunes a ambos códigos, y no existía discrepancia sustancial con el resultado de la recalificación.

La doctrina jurisprudencial que se deriva de esta casación es clara en un punto: el Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116, al desarrollar el instituto de la desvinculación, lo hizo a propósito de normas del Código de 1940, pero sus principios son aplicables a los procesos regidos por el Código de 2004, en la medida en que el nuevo código contiene reglas equivalentes en los artículos 374 y 397. Esta lectura evita la aplicación dual de dos regímenes y ofrece un criterio unificado para los operadores.

La cuestión tiene un corolario práctico importante. Los jueces que hoy resuelven procesos iniciados con el Código de 2004 deben citar la norma correcta, motivar la recalificación con los estándares del artículo 374 y tomar en cuenta la doctrina que la jurisprudencia suprema ha desarrollado sobre el instituto. La cita de un texto derogado o no aplicable al proceso no es un defecto menor: como advierte la propia jurisprudencia, puede revelar una comprensión incompleta del marco procesal vigente.

17. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SUPREMA ANEXADA

El segundo adjunto reúne nueve resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la República en las que se examina la desvinculación procesal de la acusación fiscal, en sus distintas variantes: la desvinculación de la calificación jurídica, la desvinculación del tipo penal, la desvinculación de violación sexual de menor hacia actos contra el pudor y la desvinculación de robo agravado hacia lesiones graves. La lectura conjunta de estas resoluciones permite identificar la línea jurisprudencial, sus criterios constantes y los puntos en los que la práctica judicial ha sido corregida por la Sala Suprema.

El análisis que sigue se organiza por resolución. Para cada una se presentan los datos de identificación, el contexto del caso en la medida en que resulta pertinente y la doctrina que la resolución desarrolla o aplica. Cuando una resolución no ha sido objeto de un examen detallado en este capítulo, se indica expresamente, a fin de que el lector pueda consultar el texto íntegro en el anexo.

17.1. Casación N.° 533-2020-Ucayali

Se trata de una sentencia de casación de la Sala Penal Permanente, expedida el 21 de septiembre de 2021, con ponencia de la jueza suprema Carbajal Chávez. El caso versa sobre un psicólogo de la División Médico Legal de Yarinacocha, condenado en primera instancia por cohecho pasivo propio. Según la acusación, el funcionario solicitó la suma de S/ 3000 a los padres de un menor para que una pericia psicológica resultara favorable a su hijo, y finalmente la cantidad fue rebajada a S/ 2000. La entrega de dinero fue preparada por el Ministerio Público con un dispositivo de audio y video.

La sentencia de primera instancia, de 28 de diciembre de 2018, impuso seis años de pena privativa de libertad. La Sala Penal de Apelaciones revocó esa decisión y absolvió al procesado mediante sentencia de vista de 27 de diciembre de 2019. La Fiscalía interpuso recurso de casación, que la Sala Suprema declaró fundado.

El núcleo doctrinal de la resolución es la delimitación de la correlación entre imputación y sentencia. La Sala Suprema recuerda que el Ministerio Público ejerce en exclusividad la acción penal y que los hechos que determinan la incriminación, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, son definidos por el dictamen acusatorio. El juez puede dar al hecho imputado una definición jurídica diferente, pero

no puede modificarlo, y si la recalificación exige acudir a otro tipo penal, debe preservarse la estrategia de defensa y la homogeneidad del bien jurídico.

La sentencia precisa, además, que el juez debe ser un tercero imparcial que aplica el derecho al caso concreto, lo que implica conocer el ordenamiento jurídico, pero que esa facultad está vinculada a los hechos materia de acusación. La Sala cita el artículo 397 del Código Procesal Penal en sus tres numerales y el artículo 374, en el que se regula la desvinculación.

La resolución identifica dos vicios en la sentencia de vista. El primero es una motivación ilógica: el Tribunal Superior advirtió que la sentencia de primera instancia había vulnerado los principios acusatorio y de contradicción, por haber modificado sustancialmente el hecho materia de imputación, pero pese a ello emitió pronunciamiento de fondo sobre un asunto respecto del cual no se habían actuado medios probatorios, pues el procesado solo había declarado, y absolvió. El segundo es la nulidad absoluta prevista en el inciso d) del artículo 450 del Código Procesal Penal, en conexión con el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, que exige la motivación de las resoluciones.

La Sala Suprema declaró nula la sentencia de vista y ordenó que otro Tribunal Superior realizara un nuevo juicio de apelación, con sujeción a los lineamientos fijados en la resolución, en particular a los relativos a la correlación entre acusación y sentencia y a las facultades del juez para ampliar detalles o datos que hagan más completo el relato fáctico.

Un aporte relevante de la sentencia es la precisión sobre los límites de la ampliación fáctica. La Sala aclara que no se exige una exactitud matemática entre el hecho acusado y el hecho condenado. El tribunal, conforme a la prueba actuada y debatida en juicio, puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que ello no implique un cambio de tipificación y exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados. Tampoco se infringen los principios acusatorio y de contradicción cuando el tribunal aprecia circunstancias relativas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de ejecución del delito, porque ello no modifica los hechos esenciales. En cambio, la

incorporación de circunstancias agravantes de oficio, sin debate previo, sí vulnera la correlación.

Para la práctica, la sentencia ofrece una regla operativa de notable utilidad: el juez puede precisar el relato y completar detalles con la prueba debatida, pero no puede introducir una agravante, un tipo distinto o un hecho nuevo sin que las partes hayan tenido oportunidad de contradecirlos.

17.2. Casación N.° 659-2014-Puno

La Casación N.° 659-2014-Puno, expedida el 10 de mayo de 2016 con ponencia del juez supremo Pariona Pastrana, resuelve un recurso del Ministerio Público contra la sentencia de vista de 28 de marzo de 2014. El proceso versaba sobre el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de posesión de drogas con fines de tráfico, previsto en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, con circunstancias agravantes. La sentencia de primera instancia había condenado a los encausados a diecisiete años de pena privativa de libertad, y la sentencia de vista la declaró nula.

La resolución tiene dos aportes principales. El primero es la aclaración sobre el régimen normativo aplicable: como se ha indicado en el capítulo 16, el principio tempus regit actum impone aplicar el Código Procesal Penal de 2004 a los procesos iniciados bajo su vigencia, de modo que el artículo 374 y el artículo 397 son las normas que deben guiar la desvinculación. El segundo aporte es la determinación de los presupuestos que la Sala considera exigibles para la recalificación de oficio.

Según la sumilla de la resolución, es posible que el Tribunal de Instancia pueda, de oficio, introducir al debate una nueva calificación jurídica del hecho incriminado, siempre que concurran los siguientes presupuestos: a) la homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) la inmutabilidad de los hechos y las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa; d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y e) la favorabilidad. Estos cinco presupuestos constituyen el núcleo de la doctrina jurisprudencial que el anexo recoge y que los operadores deben aplicar en cada caso.

La Sala declaró fundado el recurso de casación, declaró nula la resolución de vista que había anulado la sentencia de primera instancia y ordenó que otro colegiado

superior emitiera nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Asimismo, estableció como desarrollo jurisprudencial los fundamentos jurídicos que fijan los presupuestos de la desvinculación, lo que les otorga el carácter de precedente en los términos previstos en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el alcance que el propio texto le asigna.

El caso ilustra con claridad la función del control casacional: la sentencia de vista había anulado el fallo de primera instancia por un defecto de forma relacionado con la norma aplicada, pero la Sala Suprema consideró que ese defecto no justificaba la invalidez del fallo, porque la desvinculación no alteraba el resultado sustantivo y se apoyaba en institutos comunes a ambos códigos. La enseñanza para los operadores es que los errores de cita normativa deben evaluarse en función de su impacto real sobre las garantías del proceso.

17.3. Recurso de Nulidad N.° 2122-2014-Callao

El anexo incluye el Recurso de Nulidad N.° 2122-2014-Callao bajo el título "Presupuestos de la desvinculación". Su contenido se orienta al examen de los requisitos que deben concurrir para que el tribunal pueda recalificar el hecho en la sentencia. Por el título y por la estructura de la resolución, su tratamiento coincide con la doctrina de los presupuestos desarrollada en la Casación N.° 659-2014-Puno: homogeneidad del bien jurídico, inmutabilidad de los hechos y de las pruebas, preservación del derecho de defensa, coherencia entre los elementos fácticos y normativos, y favorabilidad.

La importancia de esta resolución radica en que confirma la uniformidad de la doctrina suprema sobre los presupuestos. Para los operadores, la reiteración de la misma lista en distintos pronunciamientos brinda previsibilidad y reduce el margen de discrecionalidad en la aplicación del instituto. Cuando un juez recalifica, debe poder demostrar, en su motivación, que cada presupuesto se cumple en el caso concreto, y no basta con afirmar genéricamente que la recalificación es correcta.

17.4. Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín

La Sala Penal Transitoria, mediante resolución de 8 de junio de 2015, examinó la sentencia expedida el 19 de junio de 2013 por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de la Corte Superior de Justicia de Junín. La sentencia de primera

instancia había declarado la desvinculación del tipo penal de violación sexual de menor de edad hacia el delito de actos contra el pudor de menor de catorce años, y había condenado al procesado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por un periodo de prueba de dos años, sujeta a reglas de conducta.

Según la acusación, el hecho ocurrió el 7 de setiembre de 2008, cuando el procesado ingresó al domicilio de una niña de siete años, la sujetó, le introdujo el dedo en la vagina e intentó penetrarla con el pene, sin consumar el acto porque la menor comenzó a gritar y el procesado huyó. Para la Fiscalía, los hechos se subsumían en la violación sexual de menor de edad. Para el tribunal de primera instancia, la prueba no permitía afirmar con certeza la penetración.

La Sala Suprema declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia y, reformándola, condenó al procesado como autor del delito de violación sexual de menor de edad, con la imposición de cadena perpetua. El fundamento central es que el juicio de tipicidad realizado por el colegiado superior fue incorrecto, porque la actuación probatoria evidenciaba que los hechos imputados se subsumían en el tipo penal de violación sexual, y que la prueba permitía al tribunal supremo alcanzar certeza sobre la responsabilidad del encausado.

La resolución es relevante por dos razones. La primera es que demuestra que la desvinculación puede ser objeto de control casacional y que, cuando la recalificación no se apoya en una valoración adecuada de la prueba, la Sala Suprema puede corregirla, incluso en sentido más gravoso para el acusado, siempre que la nueva calificación esté respaldada por la prueba actuada. La segunda es que refuerza el criterio de que la favorabilidad no es un fin en sí mismo: la recalificación debe corresponder a los hechos probados, y no puede utilizarse para atenuar la responsabilidad por encima de lo que la prueba permite.

Como advierte el propio análisis de la Sala, el Acuerdo Plenario N.° 04-2007/CJ-116 establece que, si bien el hecho punible imputado es inmutable, el tribunal puede apartarse de la calificación cuando concurran los requisitos fijados, y que la desvinculación debe realizarse con respeto a la defensa. En este caso, la Sala concluyó que la sentencia recurrida había aplicado de manera indebida la desvinculación.

17.5. Recurso de Nulidad N.° 2160-2015-Lima

La Sala Penal Transitoria, mediante resolución de 7 de abril de 2016, resolvió el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Martín Padilla Lopera, condenado como autor del delito de lesiones graves en agravio de un ciudadano que fue víctima de una agresión con botella de vidrio, en el curso de un hecho en el que también se había sustraído un reloj. El proceso se inició por robo agravado y, al término de la causa, el Ministerio Público había solicitado el sobreseimiento respecto de las lesiones graves, por considerar que el hecho quedaba subsumido en el robo.

La sumilla de la resolución señala que la desvinculación del delito de robo con circunstancias agravantes hacia el tipo penal de lesiones graves no importó una modificación sustancial de los hechos, y que tampoco se afectó el derecho de defensa, porque el propio imputado aceptó haber causado las lesiones al agraviado. La Sala considera que el robo con agravantes, por haber ocasionado una lesión grave, es un delito pluriofensivo que lesiona, entre otros bienes, la integridad personal. Por ello, desvincularse del robo para adecuar el hecho probado al delito de lesiones graves constituye una degradación de la imputación que no altera la línea de ejecución de la conducta atribuida y, por tanto, no modifica la congruencia procesal.

La resolución añade que la defensa no puede alegar la vulneración del principio de contradicción cuando la posición de las lesiones fue expresamente planteada como pretensión defensiva, y que tampoco existe vulneración del principio de no bis in ídem, porque el sobreseimiento de las lesiones respondió a un criterio técnico y no a la negación del hecho. La Sala concluye que el recurso defensivo debe desestimarse y declara no haber nulidad en la sentencia.

Esta resolución es útil para comprender la lógica de la favorabilidad y de la defensa material. Cuando el propio acusado reconoce el hecho y discute únicamente su calificación, la preservación del derecho de defensa se cumple sin necesidad de un debate autónomo sobre la recalificación. El límite, sin embargo, se mantiene: la Sala no admite que la recalificación se utilice para sorprender a un acusado que ha defendido una versión distinta de los hechos.

17.6. Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash

La Sala Penal Transitoria, mediante resolución de 21 de julio de 2016, resolvió el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia condenatoria que había desvinculado el delito de violación sexual de menores de edad hacia el delito de actos contra el pudor. El procesado, con respecto a dos menores de cinco y diez años de edad, había sido acusado por violación de la libertad sexual de menor de edad, previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 173 del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del mismo código.

El tribunal de primera instancia había considerado que no se había acreditado categóricamente la responsabilidad del procesado respecto al delito de violación, pero el certificado médico legal y otros elementos fácticos permitían afirmar la penetración. La Sala Suprema constató que el colegiado no había ponderado la pericia psicológica practicada a uno de los menores, que concluía que presentaba una reacción ansiosa compatible con un estresor de tipo sexual, ni las referenciales brindadas por los menores, ni la declaración del propio acusado. La sumilla resume el hallazgo: al recalificar el hecho, el colegiado no valoró adecuadamente las pruebas aportadas y realizó una indebida interpretación del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

La Sala declaró haber nulidad en la sentencia, reformó la calificación y condenó al procesado como autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, a cadena perpetua, en perjuicio de los menores afectados, y declaró no haber nulidad en lo demás. La resolución confirma que la desvinculación no puede justificarse en la mera duda sobre un elemento del tipo cuando la prueba disponible acredita la conducta más grave, y que la valoración de la prueba es el paso previo indispensable para cualquier recalificación.

El caso muestra también la importancia de la motivación. Una recalificación que omite el examen de la pericia psicológica, de las declaraciones de los menores y de la declaración del acusado carece de sustento suficiente, y por ello puede ser anulada aun cuando el resultado sea favorable a la defensa.

17.7. Recurso de Nulidad N.° 1261-2016-Callao

El anexo incorpora el Recurso de Nulidad N.° 1261-2016-Callao bajo el título "Desvinculación procesal". Su contenido está expresado en un cuadro de síntesis que resume la doctrina aplicable al caso de violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor. Los puntos principales del cuadro son los siguientes: la atribución delictiva que tuvo el procesado desde el origen se sostuvo sobre la versión de la agraviada, que comenzó con tocamientos indebidos y luego se refirió a la violación; la resolución recurrida consideró probado el delito de violación de menor, pese a que la prueba y el contradictorio habían discutido los hechos en los términos de la imputación; el tribunal puede precisar aspectos fácticos atribuidos e incluidos en la imputación del Ministerio Público, sin que ello exija una exactitud matemática entre el hecho acusado y el hecho condenado.

El cuadro concluye que la desvinculación procesal resulta procedente, válida y necesaria cuando se realiza en la línea más favorable a la situación jurídica del acusado en el caso concreto, y que no afecta ningún derecho del recurrente, porque no es exigible, en ese supuesto, que la tesis de desvinculación haya sido postulada en el juicio. Esta conclusión coincide con la que desarrolla la Casación N.° 1864-2019-Lima, examinada a continuación.

17.8. Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima

La Sala Penal Transitoria, mediante resolución de 9 de diciembre de 2021, con ponencia del juez supremo Guerrero López, resolvió el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Luis Enrique Fernández Saavedra contra la sentencia de 12 de agosto de 2019, que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, con una pena privativa de libertad de treinta y cinco años, en perjuicio de una menor con iniciales A. N. R. V.

El caso, de gran complejidad probatoria, se centra en la versión de la agraviada, en las contradicciones que el recurrente atribuía a su declaración, en la valoración de las testimoniales de sus familiares y en la fuerza probatoria de la pericia psicológica y de la evaluación médico legal, cuyos resultados se refieren en términos de "tocamientos". La Sala examina si la prueba acredita la penetración sexual o si únicamente sostiene la existencia de tocamientos, y concluye que la atribución delictiva, desde su origen, se

basó en la versión de la menor, que comenzó con tocamientos indebidos y luego se refirió a la violación sexual.

La Sala sostiene que, en este contexto, la desvinculación del delito de violación sexual de menor de edad hacia el delito de actos contra el pudor de menor es procedente, válida y necesaria, y que se realiza en la línea de lo más favorable a la situación jurídica del acusado, porque no es que se haya descartado la penetración sexual, sino que surge una duda sobre ella a partir de la prueba. La nueva calificación, según la resolución, constituye una opción jurídica correcta en clave de garantía para el acusado. Además, el tipo penal por el que se produce la desvinculación protege el mismo bien jurídico, la indemnidad sexual, lo que satisface el requisito de homogeneidad.

La decisión final resuelve desvincularse de la calificación jurídica postulada por el Ministerio Público, consistente en violación sexual de menor de edad, para acoger la previsión de actos contra el pudor de menor de catorce años, y condena al procesado por este último delito. Asimismo, la Sala dispone, en la fase de ejecución, medidas de reparación integral a favor de la víctima, entre ellas el tratamiento psicológico especializado para la agraviada y su familia, en atención a la protección de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad.

La resolución aporta dos enseñanzas centrales. La primera es que la desvinculación hacia una calificación menos grave puede fundarse en la duda razonable sobre un elemento del tipo, siempre que la duda se derive de la prueba y que el tipo final proteja el mismo bien jurídico. La segunda es que la protección de la víctima no se agota en la sentencia condenatoria: la reparación integral, incluida la atención psicológica, forma parte de la respuesta del Estado en los delitos contra la indemnidad y la libertad sexual.

17.9. Recurso de Nulidad N.° 743-2012-Junín

El anexo también incluye el Recurso de Nulidad N.° 743-2012-Junín, identificado con el título "La desvinculación de la acusación fiscal". Su texto integral se encuentra en el anexo y su lectura complementa el análisis de la doctrina general sobre la correlación entre acusación y sentencia. Por la extensión y la naturaleza de su

contenido, el lector debe consultar directamente el texto reproducido, ya que el presente capítulo se limita a dejar constancia de su inclusión en la compilación jurisprudencial.

17.10. Balance de la línea jurisprudencial

Del conjunto de resoluciones se desprenden criterios constantes. En primer lugar, la desvinculación es una facultad del órgano jurisdiccional que no puede alterar los hechos ni introducir agravantes sin debate. En segundo lugar, los presupuestos de homogeneidad del bien jurídico, inmutabilidad de los hechos y de la prueba, preservación de la defensa, coherencia entre los elementos fácticos y normativos, y favorabilidad constituyen el marco de control. En tercer lugar, la motivación debe demostrar que la prueba sostiene la recalificación, y su omisión o su ilogicidad generan nulidad. En cuarto lugar, la protección de la víctima forma parte de la respuesta jurídica en los delitos sexuales.

La jurisprudencia también muestra tensiones. Algunas resoluciones admiten que la desvinculación no requiere debate previo cuando la nueva calificación favorece al acusado y la defensa pudo advertirla, mientras que otras exigen la advertencia y la suspensión cuando la recalificación puede resultar gravosa. La coexistencia de ambos criterios refleja la necesidad de distinguir, en cada caso, el sentido de la recalificación y su impacto sobre la defensa. Esta distinción, que el capítulo 19 desarrolla en forma operativa, es la clave para la aplicación ordenada del instituto.

18. NULIDAD, MOTIVACIÓN Y VICIOS EN LA DESVINCULACIÓN

La desvinculación procesal es, en la práctica, una de las causas más frecuentes de nulidad de sentencias penales en la etapa de casación y de apelación. Las resoluciones anexadas muestran que el problema no se limita a la recalificación en sí misma, sino que se extiende a la forma en que el juez la plantea, a la prueba en la que la sustenta y a la manera en que la motiva. Un error en cualquiera de estos planos puede determinar la invalidez del fallo y la necesidad de un nuevo juicio, con los costos de tiempo y de recursos que ello implica.

Este capítulo examina los vicios más relevantes que la jurisprudencia suprema ha identificado en la desvinculación, con el fin de ofrecer a los operadores una guía de prevención. La clasificación que se propone distingue entre vicios de motivación, vicios de procedimiento, vicios de correlación y vicios de valoración probatoria.

18.1. Vicios de motivación

La motivación es la garantía que permite controlar la racionalidad de la decisión judicial. En la desvinculación, la motivación debe explicar tres cosas: por qué la calificación acusada no corresponde a los hechos probados, por qué la nueva calificación sí corresponde y por qué se cumplen los presupuestos de homogeneidad, inmutabilidad, defensa, coherencia y favorabilidad. Cuando la sentencia omite cualquiera de estas explicaciones, o cuando las explica de manera contradictoria, incurre en un vicio de motivación.

La Casación N.° 533-2020-Ucayali es un ejemplo paradigmático de motivación ilógica. La sala de apelaciones reconoció que la sentencia de primera instancia había modificado sustancialmente el hecho materia de imputación, pero, en lugar de anularla, emitió pronunciamiento de fondo sobre un aspecto que no había sido objeto de prueba y absolvió al procesado. La contradicción entre el diagnóstico del vicio y la decisión adoptada fue el fundamento de la nulidad. La lección para los operadores es que la identificación de un vicio debe conducir a una consecuencia coherente con ese diagnóstico.

La motivación también debe ser suficiente cuando la recalificación agrava la pena o amplía las circunstancias. El artículo 397, numeral 3, del Código Procesal Penal, y la doctrina que lo desarrolla, exigen una fundamentación especial cuando el juez impone una pena mayor que la solicitada por el fiscal. Esa fundamentación debe indicar las razones jurídicas que justifican la mayor severidad, no bastando la mera cita de la norma.

18.2. Vicios de correlación

El vicio de correlación se produce cuando la sentencia no guarda identidad con la acusación en los aspectos que la ley protege. Puede adoptar dos formas. La primera es la incongruencia fáctica: la sentencia acredita hechos que no fueron imputados o los modifica en sus elementos esenciales. La segunda es la incongruencia jurídica no admisible: la sentencia aplica un tipo que no fue objeto de debate y que no respeta la homogeneidad del bien jurídico, o que se fundamenta en circunstancias agravantes incorporadas de oficio.

La Casación N.° 533-2020-Ucayali delimita con precisión esta frontera. El tribunal puede ampliar detalles o datos para hacer más completo el relato, siempre que ello no implique un cambio de tipificación y que exista coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados. No obstante, la incorporación de circunstancias agravantes sin previo debate constituye una vulneración de los principios acusatorio y de contradicción. La distinción entre precisar y agregar es, por tanto, el criterio central para evaluar la corrección de la sentencia.

Para determinar si una precisión es admisible, el operador puede formularse tres preguntas. ¿La precisión está contenida en la prueba debatida? ¿Altera la calificación o introduce un elemento que la modifica? ¿Afecta de manera sustancial la posición de la defensa? Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa y a las otras dos es negativa, la precisión es, en principio, válida. En cualquier otro caso, debe seguirse el procedimiento de advertencia.

18.3. Vicios de procedimiento

Los vicios de procedimiento se refieren a la omisión o al defectuoso cumplimiento de los actos que el Código Procesal Penal exige para la recalificación. El

principal de ellos es la falta de advertencia previa al fiscal y al imputado, prevista en el artículo 374, numeral 1. Cuando el tribunal recalifica sin haber advertido la posibilidad, la sentencia es vulnerable a la nulidad, porque el acusado no tuvo la oportunidad de pronunciarse ni de ofrecer prueba.

El segundo vicio procedimental es la falta de suspensión cuando una de las partes manifiesta que no está preparada para pronunciarse. El artículo 374, numeral 1, establece que, en esa hipótesis, el juez debe suspender el juicio hasta por cinco días. La negativa a conceder la suspensión, o su concesión por un plazo mayor al legal, constituye un defecto que puede ser invocado en casación.

El tercer vicio procedimental es la omisión de la acusación complementaria. Cuando la recalificación requiere la introducción de un hecho nuevo o de una circunstancia que no fue mencionada en la acusación, el artículo 374, numeral 2, exige que el fiscal presente una acusación complementaria. Si el tribunal introduce el hecho nuevo sin que exista esa acusación, la sentencia incurre en un vicio de correlación y de procedimiento simultáneamente.

Un cuarto supuesto frecuente es la advertencia verbal y sin motivación. La doctrina que el texto ha reproducido en capítulos anteriores propone que la advertencia se formule mediante resolución escrita y motivada, a fin de que las partes puedan leer y analizar los fundamentos de la propuesta. La advertencia oral, improvisada en plena audiencia, no siempre permite a las partes preparar una respuesta fundada, y por ello puede generar indefensión.

18.4. Vicios de valoración probatoria

La desvinculación no es una operación que pueda prescindir de la prueba. Antes de recalificar, el juez debe valorar la prueba que sustenta la calificación acusada y la que sustenta la nueva calificación. El Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash, correspondiente al Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash, es una muestra de ello: la sala de juzgamiento recalificó sin ponderar la pericia psicológica, las declaraciones de los menores ni la declaración del propio acusado, y la Sala Suprema anuló esa recalificación por indebida valoración de la prueba.

El vicio de valoración puede manifestarse de tres maneras. La primera es la omisión de elementos probatorios relevantes. La segunda es la valoración sesgada, que atribuye fuerza probatoria a unos elementos y desconoce otros con la misma calidad. La tercera es la inferencia no razonable, en la que la conclusión no se sigue de las premisas probatorias. En todos estos casos, la desvinculación carece de sustento y puede ser anulada.

Un caso distinto es aquel en el que la prueba existe pero resulta insuficiente para la calificación acusada. Si la duda recae sobre un elemento del tipo, la desvinculación hacia un tipo menos grave puede ser admisible, como ocurre en la Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima, siempre que la duda se derive de la prueba y que la nueva calificación proteja el mismo bien jurídico. En cambio, si la prueba acredita con certeza el tipo más grave, la desvinculación hacia uno menos grave no está justificada por la duda, sino que responde a una valoración errónea que debe ser corregida, como ocurrió en la Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín.

18.5. Consecuencias de la nulidad

La declaración de nulidad de una sentencia por vicios vinculados a la desvinculación tiene consecuencias que van más allá del caso concreto. En primer lugar, obliga a realizar un nuevo juicio o un nuevo pronunciamiento de apelación, lo que prolonga el proceso y consume recursos judiciales y fiscales. En segundo lugar, puede afectar la situación personal del procesado, especialmente cuando se encuentra en prisión preventiva, porque el tiempo transcurrido sin sentencia firme puede generar un riesgo de impunidad o de excesiva duración del proceso.

En tercer lugar, la nulidad puede generar responsabilidades funcionales. La doctrina que el texto ha recogido señala que la incorrecta aplicación de la desvinculación puede acarrear sanciones administrativas, civiles y penales para jueces y fiscales, en la medida en que se acredite un apartamiento deliberado o gravemente negligente de las reglas procesales. Esta afirmación debe leerse con cautela: la mera discrepancia interpretativa no constituye, por sí sola, una infracción, y la responsabilidad solo puede derivarse de un análisis caso por caso.

En cuarto lugar, la nulidad puede tener efectos sobre la reparación civil y sobre la protección de la víctima. Cuando el proceso debe repetirse, la víctima debe afrontar nuevamente el juicio, y las medidas de reparación integral se postergan. Por ello, la prevención de los vicios es también un deber de protección de las víctimas, en particular en los delitos contra la indemnidad y la libertad sexual, donde la revictimización es un riesgo permanente.

18.6. Criterios para la prevención de nulidades

La experiencia de las resoluciones anexadas permite formular algunos criterios de prevención. El primero es advertir siempre por escrito y con motivación suficiente, sin reservarse la recalificación para la sentencia. El segundo es conceder la suspensión cuando una parte lo solicite con fundamento, en los términos del artículo 374. El tercero es distinguir con precisión entre precisión fáctica y adición fáctica, y evitar la incorporación de agravantes sin debate. El cuarto es valorar expresamente la prueba que sostiene la calificación acusada y la nueva, y explicar la razón de la preferencia. El quinto es citar la norma procesal correcta, evitando aplicar en procesos regidos por el Código de 2004 las reglas del artículo 285-A del Código de 1940, como advierte la Casación N.° 659-2014-Puno.

19. CRITERIOS OPERATIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DESVINCULACIÓN

Los capítulos anteriores han expuesto la doctrina y la jurisprudencia sobre la desvinculación. Este capítulo la traduce en un procedimiento operativo que puede servir de guía a jueces, fiscales y defensores. El procedimiento no sustituye la lectura de las normas ni de las resoluciones citadas, pero ordena el análisis en etapas y permite identificar, en cada una, la pregunta que debe responderse y la consecuencia que se sigue de la respuesta.

La guía se organiza en diez etapas. Las cuatro primeras son de análisis; las tres siguientes, de advertencia y debate; las dos últimas, de decisión y control. Su aplicación es secuencial, aunque en la práctica algunas etapas se superponen.

19.1. Etapas del procedimiento

Cuadro N.° 10. Procedimiento operativo de la desvinculación procesal

Etapa	Pregunta clave	Consecuencia si la respuesta es negativa
1. Identificación del hecho imputado	¿Cuál es el suceso histórico descrito en la acusación y cuáles son sus circunstancias?	No es posible iniciar la recalificación; debe verificarse la acusación.
2. Verificación de la prueba del hecho	¿La prueba actuada confirma el hecho imputado en sus elementos esenciales?	Si el hecho no se confirma, no procede la desvinculación; corresponde absolución o archivo según el caso.
3. Análisis de la calificación acusada	¿El tipo penal acusado corresponde a los hechos probados?	Si corresponde, no hay error de subsunción y no es necesaria la desvinculación.
4. Determinación de la nueva calificación	¿Qué tipo penal describe mejor los hechos probados?	Si no existe un tipo alternativo claro, la recalificación no es procedente.
5.	¿La nueva calificación protege el mismo bien jurídico que la	Si no hay homogeneidad, la

Etapa	Pregunta clave	Consecuencia si la respuesta es negativa
Verificación de la homogeneidad	acusada?	desvinculación está prohibida.
6. Verificación de la inmutabilidad	¿La nueva calificación exige modificar los hechos o incorporar hechos nuevos?	Si los hechos cambian, se requiere acusación complementaria, no desvinculación.
7. Evaluación de la favorabilidad y de la gravosidad	¿La nueva calificación es más favorable o más gravosa para el acusado?	Si es más gravosa, la advertencia previa y el debate son obligatorios.
8. Advertencia y suspensión	¿Se ha advertido por escrito y motivadamente a las partes? ¿Se ha concedido la suspensión solicitada?	Si no se ha advertido, la sentencia es vulnerable a nulidad.
9. Pronunciamiento de las partes y decisión	¿El fiscal acoge la tesis, se opone o presenta acusación complementaria?	Si se opone, la recalificación no puede imponerse; si no se pronuncia, corresponde absolución y remisión a la fiscalía.
10. Motivación y control de la sentencia	¿La sentencia explica cada presupuesto, valora la prueba y justifica la pena?	Si la motivación es insuficiente, la sentencia puede ser anulada.

La tabla constituye un instrumento de trabajo. Su uso repetido permite que el operador desarrolle una práctica consistente y que la motivación de cada sentencia siga un orden verificable, algo especialmente útil cuando la recalificación debe ser controlada en casación.

19.2. La advertencia escrita y su contenido

La advertencia es el acto que da inicio al procedimiento de desvinculación. Para cumplir su función, debe contener al menos cinco elementos: la identificación de la calificación acusada; la identificación de la calificación que el tribunal considera

posible; la exposición de los hechos probados que sustentan la nueva calificación, con referencia a la prueba; la indicación de los presupuestos que el tribunal considera satisfechos; y la mención expresa del derecho de las partes a pronunciarse, a ofrecer prueba y a solicitar la suspensión.

La advertencia debe emitirse antes de la culminación de la actividad probatoria, como lo establece el artículo 374, numeral 1. Su forma recomendable es la resolución escrita, notificada a las partes con antelación suficiente para la audiencia. Cuando la advertencia se realiza en audiencia, debe constar en acta de manera precisa, y el juez debe dar a las partes la oportunidad de pronunciarse de inmediato o de solicitar la suspensión.

19.3. La suspensión de la audiencia y el plazo de cinco días

La suspensión de la audiencia es el instrumento que garantiza que la defensa pueda preparar su respuesta. El artículo 374, numeral 1, la limita a cinco días cuando una de las partes declara que no está preparada para pronunciarse. El plazo es improrrogable en el sentido de que el juez no puede extenderlo sin justificación, pero debe ser suficiente para que la parte presente su posición y, en su caso, proponga prueba.

Durante la suspensión, la defensa puede preparar argumentos de contraposición, identificar prueba nueva o pedir la exclusión de la recalificación. El fiscal, por su parte, puede evaluar si hace suya la tesis, si la rechaza o si presenta una acusación complementaria. La suspensión, por tanto, no es un trámite formal, sino el espacio en el que se decide el curso del proceso.

19.4. Las tres respuestas posibles de la fiscalía

Una vez advertida la posibilidad de recalificación, el Ministerio Público puede adoptar tres posiciones. La primera es acoger la tesis del tribunal y, si es necesario, presentar una acusación complementaria que introduzca la nueva calificación y, si corresponde, nuevas pruebas. La segunda es oponerse expresamente, fundamentando por qué la calificación acusada es la correcta o por qué la recalificación no cumple los presupuestos. La tercera es guardar silencio o no emitir pronunciamiento.

Cada posición tiene consecuencias distintas. Si la fiscalía acoge la tesis, el proceso continúa con la nueva calificación y con las garantías de defensa correspondientes. Si la fiscalía se opone, el tribunal no puede imponer la recalificación, y la única alternativa es la absolución, con la remisión de los actuados a la fiscalía. Si la fiscalía no se pronuncia, la doctrina que recoge el texto sostiene la misma consecuencia: el juez no puede condenar por un delito que la acusación no sostuvo, y debe absolver, remitiendo los actuados para que el Ministerio Público evalúe la posibilidad de un nuevo proceso.

La absolución que resulta de la oposición o del silencio no equivale a una declaración de inocencia. Por ello, la remisión a la fiscalía con los fundamentos escritos de la decisión es una exigencia de la lógica del sistema: el Ministerio Público puede reevaluar el caso y, si corresponde, iniciar un nuevo proceso con la calificación que considere adecuada, siempre que no se haya producido la extinción de la acción penal.

19.5. La sentencia con desvinculación: requisitos de motivación

Cuando el tribunal decide desvincularse, la sentencia debe contener una motivación reforzada. Debe identificar la calificación acusada y la nueva calificación; explicar la correspondencia entre los hechos probados y la nueva calificación; demostrar cada presupuesto; valorar la prueba que sostiene la decisión; precisar la pena dentro de los márgenes de la nueva calificación; y, cuando la pena sea superior a la solicitada por el fiscal, explicar de manera específica los motivos jurídicos que la justifican.

La pena que se impone debe estar comprendida dentro de los márgenes del tipo penal que resulta de la recalificación. La doctrina española que el texto cita en el capítulo 12 subraya que la desvinculación no puede servir para imponer una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado. La regla es coherente con el artículo 397, numeral 3, y con la prohibición de reforma en perjuicio.

19.6. Control de la desvinculación en casación

El control casacional de la desvinculación se orienta a verificar tres aspectos: la corrección de la advertencia, la existencia de los presupuestos y la suficiencia de la motivación. Las resoluciones anexadas muestran que la Sala Suprema analiza el procedimiento seguido por el tribunal, la valoración de la prueba y la coherencia entre el

diagnóstico de los vicios y la decisión adoptada. En los casos en que la recalificación fue anulada, la Sala ordenó un nuevo pronunciamiento o un nuevo juicio, pero en otros casos optó por reformar la calificación cuando la prueba permitía sostener la calificación correcta, como ocurrió en la Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín.

Para la defensa, el control casacional ofrece una herramienta relevante. Si la sentencia recalifica sin advertencia, sin presupuestos o sin prueba, la defensa puede invocar la nulidad y, en su caso, plantear la inconsistencia de la recalificación. Para la fiscalía, el control permite cuestionar la recalificación que considera errónea, como en el recurso que dio origen a la Casación N.° 659-2014-Puno. Para el tribunal, la existencia de un control riguroso es una garantía de que sus decisiones serán revisadas con criterios uniformes.

20. CASOS HIPOTÉTICOS Y ANÁLISIS PRÁCTICO

Este capítulo aplica las reglas expuestas a casos hipotéticos construidos para fines didácticos. Los nombres, las circunstancias y las cifras son ficticios; el propósito es mostrar cómo se razona la desvinculación cuando se enfrentan los presupuestos, la advertencia y la motivación. Cada caso se presenta con los hechos, la calificación acusada, el problema jurídico y el análisis, y concluye con una valoración de la procedencia de la desvinculación.

20.1. Caso 1: Robo agravado y hurto agravado

Hechos. Un ciudadano es acusado de robo agravado por haber sustraído un teléfono celular de un establecimiento comercial, en horario nocturno y con la participación de dos personas. La acusación sostiene que el imputado empleó violencia para apoderarse del bien. Durante el juicio, la prueba de la fiscalía, consistente en la declaración del agraviado y de un testigo, no acredita violencia ni amenaza; el agraviado declara que el bien fue tomado mientras el personal del local estaba distraído.

Problema jurídico. ¿Puede el tribunal recalificar el hecho como hurto agravado, sin advertir a las partes y sin suspender la audiencia?

Análisis. Los hechos (sustracción de un bien mueble ajeno, nocturnidad y concurso de personas) se mantienen. Lo que cambia es el elemento de violencia, que determina la diferencia entre robo y hurto. La homogeneidad del bien jurídico se cumple, porque ambos delitos protegen el patrimonio. La recalificación es más favorable al acusado, porque el hurto agravado tiene una pena menor. Sin embargo, el artículo 374, numeral 1, no distingue entre recalificación favorable y gravosa: exige la advertencia previa siempre que el tribunal observe la posibilidad de una calificación no considerada por el Ministerio Público. La jurisprudencia suprema admite que, cuando la recalificación es favorable y la defensa pudo advertirla, la exigencia de su postulación previa en el juicio puede matizarse, como señala el Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima. No obstante, la advertencia formal sigue siendo la práctica más segura, porque es el medio que garantiza el contradictorio y evita controversias sobre si la defensa pudo prever el cambio.

Conclusión. La recalificación es procedente siempre que se advierta a las partes y se conceda la posibilidad de pronunciarse. Si la fiscalía acoge la tesis, el proceso continúa con la nueva calificación. Si se opone, el tribunal debe absolver por el robo y remitir los actuados a la fiscalía.

20.2. Caso 2: Cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio

Hechos. Un funcionario público es acusado de cohecho pasivo propio por haber solicitado una suma de dinero para realizar un acto propio de su cargo en violación de sus obligaciones. Durante el juicio se acredita que el dinero fue solicitado, pero no que el acto se realizara en violación de las obligaciones del funcionario, porque el acto era de su competencia y se ejecutó conforme a la norma. La prueba indica, en cambio, que el dinero se solicitó con ocasión del ejercicio del cargo.

Problema jurídico. ¿Puede el tribunal recalificar el hecho como cohecho pasivo impropio y condenar por esa modalidad?

Análisis. El bien jurídico protegido en ambas modalidades es el mismo: el correcto funcionamiento de la administración pública y la probidad del funcionario. La inmutabilidad de los hechos se cumple, porque la solicitud del dinero y la condición de funcionario no cambian. La coherencia entre los elementos fácticos y normativos exige que el tipo impropio describa la conducta probada, lo que ocurre si la prueba acredita la solicitud con ocasión del cargo. La favorabilidad depende de la comparación de las penas: si el tipo impropio tiene una pena menor, la recalificación es favorable. La preservación del derecho de defensa exige que el acusado haya podido discutir la prueba de la solicitud y su vinculación con el cargo. Si esa discusión ocurrió en el juicio, la recalificación es procedente; si no, el tribunal debe advertir y suspender.

Conclusión. La recalificación es procedente cuando el hecho probado se subsume en el tipo impropio y la defensa ha podido debatirlo. La advertencia y la motivación son indispensables, porque la diferencia entre las modalidades no es evidente para la defensa sin un análisis de la prueba.

20.3. Caso 3: Violación sexual de menor y actos contra el pudor

Hechos. Un adulto es acusado de violación sexual de menor de siete años. La agraviada, en su declaración, describe tocamientos indebidos y un intento de

penetración. El certificado médico legal consigna una escoriación reciente, pero no confirma penetración. La pericia psicológica concluye que la menor presenta una reacción compatible con un estresor sexual.

Problema jurídico. ¿Puede el tribunal desvincularse de la violación sexual de menor y condenar por actos contra el pudor de menor cuando la prueba no acredita con certeza la penetración?

Análisis. La jurisprudencia suprema analizada en el capítulo 17 ofrece criterios directos. El Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima admite la desvinculación hacia actos contra el pudor cuando la duda sobre la penetración se deriva de la prueba y el tipo final protege el mismo bien jurídico, que en los delitos sexuales contra menores es la indemnidad sexual. El Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash, en cambio, anuló una desvinculación de ese tipo porque el colegiado no había valorado la pericia psicológica, las declaraciones de los menores ni la declaración del acusado. El Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín, a su vez, anuló una desvinculación porque la prueba permitía afirmar la violación.

Conclusión. La desvinculación procede solo si la prueba deja una duda razonable sobre un elemento del tipo más grave, si esa duda se ha valorado expresamente en la sentencia, si los elementos de prueba que sostienen la violación han sido ponderados y si la nueva calificación ha sido objeto de advertencia cuando la defensa no pudo prever el cambio. La mera conveniencia de reducir la pena no basta para justificarla.

20.4. Caso 4: Hurto y receptación

Hechos. Una persona es acusada de hurto agravado por haber sustraído mercadería de un almacén. Durante el juicio se acredita que la mercadería fue adquirida de un tercero, que la había sustraído previamente, y que el acusado la recibió conociendo su origen ilícito.

Problema jurídico. ¿Puede el tribunal recalificar el hecho como receptación, sin modificar los hechos acusados?

Análisis. El análisis de este caso confirma la advertencia de la advertencia que el texto formula en la sección 2 sobre la diferencia entre robo agravado y receptación: la

recalificación no puede convertir al autor de la sustracción en receptador, porque la conducta cambia de manera esencial. El acusado de hurto es el sujeto que sustrae; el receptador es quien recibe o guarda un bien de origen delictivo que otra persona sustrajo. La acusación describe una conducta de apoderamiento que no se prueba, y la conducta de recepción es distinta. Si los hechos probados no corresponden a la acusación, no hay desvinculación posible; corresponde examinar si existe una nueva imputación.

Conclusión. La recalificación no es procedente, porque altera la estructura del hecho y no solo su calificación. El tribunal debe absolver por hurto y remitir los actuados a la fiscalía, sin perjuicio de que el Ministerio Público evalúe una nueva acusación por receptación, con sujeción al procedimiento correspondiente.

20.5. Caso 5: Lesiones durante un robo

Hechos. Un acusado es procesado por robo agravado con lesiones. Durante el juicio se acredita la sustracción y que la víctima sufrió lesiones de gravedad al resistirse. El Ministerio Público solicita el sobreseimiento del extremo de las lesiones, por considerar que el hecho queda subsumido en el robo, y el acusado reconoce en su defensa que causó las lesiones.

Problema jurídico. ¿Puede el tribunal condenar por lesiones graves, en lugar de robo agravado, si el acusado admite las lesiones?

Análisis. Este caso reproduce el del Recurso de Nulidad N.° 2160-2015-Lima. El robo con lesiones graves protege de manera plural el patrimonio y la integridad personal. La recalificación hacia lesiones graves no modifica la línea de ejecución de la conducta y, al estar reconocida por el propio acusado, no vulnera el derecho de defensa. La Sala Suprema consideró además que la recalificación no vulnera el principio de non bis in idem, porque el sobreseimiento de las lesiones respondió a un criterio técnico y no a la negación del hecho.

Conclusión. La recalificación es procedente cuando la defensa ha reconocido los hechos que la sustentan y cuando el tipo final forma parte del tipo pluriofensivo acusado. La advertencia formal sigue siendo recomendable para asegurar que el reconocimiento de la defensa se produzca con conocimiento de la recalificación.

20.6. Caso 6: Calificación errónea por error de la fiscalía en el control de acusación

Hechos. En la etapa intermedia, el juez de investigación preparatoria admitió la acusación por robo agravado, pese a que el expediente contenía elementos que sugerían la ausencia de violencia. Llegado el juicio oral, la prueba confirma la sustracción, pero no la violencia.

Problema jurídico. ¿Qué responsabilidad tiene el juez del juicio frente a un error que el control de acusación no corrigió?

Análisis. El texto ya ha señalado que el error debió corregirse en la audiencia de control de acusación. Sin embargo, el juez del juicio no puede ignorar el error. Su deber es advertir la posibilidad de la recalificación, siguiendo el procedimiento del artículo 374, sin que ello implique reemplazar la función de la fiscalía. Si la recalificación se produce con todas las garantías, el error queda corregido; si se omite la advertencia, el error se convierte en un vicio de la sentencia.

Conclusión. El juez del juicio debe corregir el error mediante el procedimiento de desvinculación. La omisión de la corrección, cuando el error es manifiesto, puede comprometer la validez de la sentencia y la responsabilidad funcional del magistrado.

20.7. Valoración de los casos

Los casos anteriores muestran un patrón. Cuando la recalificación modifica solo la calificación y mantiene los hechos, con homogeneidad del bien jurídico y con debate suficiente, la desvinculación es procedente. Cuando modifica la estructura del hecho o introduce elementos nuevos, no es procedente y exige una nueva imputación. Cuando la prueba permite sostener la calificación más grave, la desvinculación hacia una menos grave debe justificarse con una duda razonable expresamente valorada. En todos los casos, la advertencia, la motivación y el respeto del contradictorio son las condiciones que convierten una facultad excepcional en una herramienta legítima de corrección.

21. CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE REFORMA

La desvinculación procesal ha recibido críticas desde distintos sectores. Algunos autores la consideran una supervivencia de prácticas inquisitivas, incompatibles con la separación de funciones que caracteriza al sistema acusatorio. Otros sostienen que es una herramienta necesaria para evitar que los errores de calificación de la fiscalía conduzcan a absoluciones injustas o a nulidades innecesarias. Entre ambas posiciones existe un espacio de análisis que este capítulo intenta explorar.

21.1. Las críticas desde el principio acusatorio

La crítica más difundida sostiene que la desvinculación, cuando la realiza el juez por iniciativa propia, implica que el órgano decisor asume una función de acusación. Según esta posición, el juez que advierte una calificación diferente tiene un interés en la condena que puede comprometer su imparcialidad. La objeción tiene peso, pero se atenúa si se observa que la facultad de recalificar no implica acusar, sino aplicar la norma correcta a los hechos que el acusador ha introducido. La propia Casación N.° 533-2020-Ucayali reconoce que el juez es un tercero imparcial que aplica el derecho, y que su facultad se vincula con los hechos materia de acusación.

Para mitigar la crítica, la doctrina ha propuesto que la advertencia se formule de manera neutral, sin anticipar una opinión sobre la culpabilidad, y que el juez no participe en la fase de investigación ni en la producción de la prueba de cargo. La separación de funciones en la etapa de juicio se preserva si el juez se limita a señalar la posibilidad de recalificación y deja que las partes decidan su curso.

21.2. Las críticas desde la eficacia del proceso

Una segunda línea crítica proviene de quienes consideran que la desvinculación prolonga innecesariamente el proceso. La suspensión de hasta cinco días, la eventual acusación complementaria y el nuevo debate sobre los hechos adicionales pueden ser vistos como obstáculos para la eficacia. La respuesta de esta crítica es que la desvinculación no alarga el proceso cuando se aplica correctamente, pues evita que el error de calificación se convierta en una nulidad posterior, con la consiguiente repetición total del juicio.

En el mismo sentido, la experiencia de las resoluciones anexadas muestra que la mayor parte de las nulidades se origina en la omisión de la advertencia o en la falta de valoración probatoria, no en la desvinculación en sí misma. La eficacia del sistema, por tanto, depende más de la calidad del procedimiento que de la eliminación de la figura.

21.3. Las críticas desde la impunidad

Otra crítica señala el riesgo de impunidad que genera la absolución cuando las partes se oponen a la recalificación y el juez no puede condenar por el delito correcto. La objeción es seria, porque una absolución derivada de un error técnico puede dejar sin sanción una conducta que los hechos probados sí configuran. La respuesta del sistema es doble: por un lado, el Ministerio Público puede presentar una nueva acusación por el tipo correcto, con sujeción a las reglas del proceso; por otro, la remisión de los actuados con fundamentos escritos permite evaluar la reapertura del caso cuando la ley lo permite.

La crítica revela, además, un déficit de control en la etapa intermedia. Si el juez de investigación preparatoria hubiera corregido la calificación al controlar la acusación, el problema no se habría presentado en el juicio. Por ello, una parte importante de la solución se encuentra en el fortalecimiento del control de acusación, y no solo en la regulación de la desvinculación.

21.4. Propuestas de reforma y de práctica

Las propuestas que siguen no pretenden reemplazar el marco normativo vigente, sino mejorar su aplicación. Se formulan en tres niveles: normativo, institucional y de práctica judicial.

En el plano normativo, se propone precisar en el Código Procesal Penal los supuestos en los que la advertencia es obligatoria, distinguiendo expresamente entre la recalificación favorable y la gravosa, y establecer que la advertencia debe realizarse por resolución escrita con un contenido mínimo. También puede preverse que la suspensión por la defensa opere de manera automática cuando la recalificación sea gravosa, sin necesidad de solicitud expresa.

En el plano institucional, se propone fortalecer el control de acusación en la etapa intermedia, de modo que el juez de investigación preparatoria examine con rigor

la calificación jurídica propuesta por la fiscalía y pueda advertir su posible error antes del juicio. Asimismo, se recomienda que la capacitación de jueces y fiscales incluya el análisis de las resoluciones supremas sobre desvinculación, con énfasis en la distinción entre precisión fáctica y adición fáctica.

En el plano de la práctica judicial, se propone elaborar formatos de advertencia, de motivación de la desvinculación y de control de la prueba, que incluyan la lista de presupuestos y la valoración expresa de la prueba. Del mismo modo, la publicación ordenada de las resoluciones que fijan criterios, conforme al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permitiría que los operadores conozcan la doctrina vigente y reduzcan la discrecionalidad.

21.5. Sobre la formación de los operadores

Un aspecto que las resoluciones anexadas ponen de relieve es la necesidad de formación. Las nulidades derivadas de la desvinculación suelen revelar una comprensión incompleta de la distinción entre hecho y calificación, de la diferencia entre precisar y agregar, y de la función de la advertencia. Estos conceptos pueden enseñarse con casos prácticos, con la reproducción de las resoluciones y con ejercicios de motivación, como los que propone el capítulo 20.

La formación debe alcanzar también a los defensores. La defensa que conoce el instituto puede reaccionar de manera oportuna ante una recalificación sorpresiva, solicitar la suspensión, ofrecer prueba y, si es necesario, interponer los recursos correspondientes. La defensa que lo desconoce corre el riesgo de ver su estrategia alterada sin posibilidad de respuesta, lo que lesiona el principio de igualdad de armas.

22. CONCLUSIONES

La desvinculación procesal de la acusación fiscal es una institución que sintetiza las tensiones centrales del proceso penal contemporáneo: la búsqueda de la verdad jurídica, la separación de funciones entre acusar y juzgar, la vigencia del contradictorio y la protección del derecho de defensa. Su análisis muestra que no se trata de una facultad discrecional del juez, sino de un mecanismo condicionado, cuyo ejercicio legítimo depende de la observancia de reglas precisas.

La primera conclusión es que la desvinculación debe distinguirse con nitidez de la alteración del hecho. El juez puede corregir la calificación jurídica, es decir, la subsunción del hecho probado en el tipo penal, pero no puede modificar el suceso que constituye el objeto del proceso ni introducir hechos o circunstancias agravantes sin debate previo. La jurisprudencia suprema, en particular la Casación N.° 533-2020-Ucayali, ha consolidado esta distinción y ha precisado que la ampliación de detalles es admisible cuando no implica cambio de tipificación.

La segunda conclusión es que los presupuestos de la desvinculación constituyen un marco de control riguroso. La homogeneidad del bien jurídico, la inmutabilidad de los hechos y de la prueba, la preservación del derecho de defensa, la coherencia entre los elementos fácticos y normativos y la favorabilidad son exigencias acumulativas que la jurisprudencia suprema ha reiterado en la Casación N.° 659-2014-Puno y en otros pronunciamientos del anexo. Su omisión o su aplicación formal convierten la recalificación en un acto nulo.

La tercera conclusión es que la advertencia previa a las partes, prevista en el artículo 374, numeral 1, del Código Procesal Penal, es la garantía que hace compatible la desvinculación con el contradictorio. La advertencia debe ser oportuna, clara y, preferentemente, escrita; debe permitir que las partes se pronuncien y, si lo solicitan, debe dar lugar a la suspensión de la audiencia por un plazo de hasta cinco días. Aunque la jurisprudencia admite que en supuestos de recalificación favorable la exigencia puede matizarse, la advertencia formal sigue siendo la práctica más segura.

La cuarta conclusión es que la motivación es el espacio donde se decide la legitimidad de la desvinculación. Las resoluciones anexadas muestran que la nulidad se

produce con frecuencia por motivaciones ilógicas, por la omisión de la valoración probatoria o por la incorporación de elementos no debatidos. La sentencia que se desvincula debe demostrar, con prueba y con razonamiento, que cada presupuesto se cumple.

La quinta conclusión es que la línea jurisprudencial del anexo es coherente en lo esencial, aunque presenta matices. La Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima admite la desvinculación hacia una calificación menos grave cuando la duda sobre un elemento del tipo proviene de la prueba; el Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash y el Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín demuestran que la recalificación no puede utilizarse para sustituir la valoración de la prueba. La coherencia de la doctrina reside en que la recalificación debe responder a la prueba y no a la conveniencia de la solución.

La sexta conclusión es que la desvinculación debe leerse junto con el deber de control en la etapa intermedia. Gran parte de los errores de calificación que llegan al juicio oral debieron corregirse en el control de acusación. Fortalecer ese control reduciría la necesidad de recalificar en juicio y disminuiría el riesgo de nulidades.

La séptima conclusión es que la protección de la víctima forma parte de la respuesta jurídica. En los delitos contra la indemnidad y la libertad sexual, el Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima muestra que la reparación integral, incluida la atención psicológica, debe orientar la ejecución de la sentencia. La prevención de nulidades, a su vez, evita la revictimización que supone repetir el juicio.

Finalmente, se concluye que la desvinculación procesal es una institución legítima en el sistema acusatorio peruano cuando se aplica con los límites y el procedimiento que la ley y la jurisprudencia establecen. Su uso adecuado exige formación, criterios uniformes y motivación rigurosa. Su uso indebido, en cambio, reproduce prácticas del sistema inquisitivo que el Código Procesal Penal de 2004 buscó superar. La diferencia entre ambos resultados depende, en buena medida, de la calidad con que los operadores aplican la regla.

23. GLOSARIO DE TÉRMINOS

El glosario reúne los conceptos técnicos que aparecen en el libro. Las definiciones son orientativas y tienen por objeto facilitar la lectura; el sentido preciso de cada término debe establecerse, en cada caso, a partir de la norma y de la jurisprudencia aplicable.

Acusación fiscal: acto mediante el cual el Ministerio Público formula la imputación, describe el hecho, propone la calificación jurídica y solicita la pena y la reparación civil.

Acusación complementaria: escrito por el cual el fiscal amplía la acusación con un hecho nuevo o una circunstancia no mencionada, que modifica la calificación o integra un delito continuado (artículo 374, numeral 2, del Código Procesal Penal).

Advertencia: acto del tribunal por el cual comunica a las partes la posibilidad de una calificación jurídica no considerada por el Ministerio Público (artículo 374, numeral 1).

Calificación jurídica: operación mediante la cual el hecho probado se subsume en un tipo penal determinado.

Coherencia fáctico-normativa: presupuesto según el cual la nueva calificación debe corresponder a los elementos fácticos probados.

Congruencia o correlación: exigencia de identidad entre la acusación y la sentencia en cuanto a los hechos y, en lo pertinente, a la calificación y la pena (artículo 397 del Código Procesal Penal).

Contradicción: principio según el cual las partes deben tener la oportunidad de conocer, discutir y refutar las decisiones que las afectan.

Desvinculación procesal: facultad del órgano jurisdiccional de apartarse de la calificación jurídica propuesta por el fiscal, sin alterar los hechos, bajo los presupuestos y el procedimiento establecidos.

Error de subsunción: discrepancia entre la norma aplicada en la acusación y la que describe los hechos probados, sin que los hechos varíen.

Favorabilidad: presupuesto según el cual la recalificación resulta admisible cuando beneficia al acusado.

Hecho punible: suceso histórico que el Ministerio Público atribuye al imputado y que constituye el objeto del proceso.

Homogeneidad del bien jurídico: exigencia de que el tipo penal de la recalificación proteja el mismo interés jurídico que el tipo acusado.

Inmutabilidad de los hechos: exigencia de que la recalificación no modifique el suceso imputado, sus circunstancias esenciales ni los hechos que sostienen la imputación.

Iura novit curia: principio según el cual el juez conoce el derecho y debe aplicar la norma correcta a los hechos, con los límites que impone el proceso penal.

Motivación reforzada: exigencia de que la sentencia que se aparta de la acusación explique de manera específica los fundamentos de la recalificación y, en su caso, de la pena superior a la solicitada.

Non bis in idem: prohibición de juzgar o sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho y con el mismo fundamento.

Objeto del proceso: hecho punible imputado, que es inmutable en lo esencial y que delimita el debate.

Principio acusatorio: principio según el cual las funciones de acusar y juzgar deben estar separadas y el juez no puede condenar por hechos que no han sido acusados.

Reformatio in peius: prohibición de agravar la situación del acusado en la sentencia cuando solo él ha impugnado.

Tempus regit actum: principio según el cual la norma procesal aplicable es la vigente al momento de realizar el acto procesal.

Tesis de la desvinculación: propuesta formulada por el tribunal a las partes para recalificar el hecho, que se somete al contradictorio antes de la sentencia.

Tipo penal: descripción abstracta de una conducta prohibida o mandada en la norma penal.

24. PREGUNTAS FRECUENTES

Las preguntas siguientes recogen dudas recurrentes sobre la desvinculación procesal, planteadas por estudiantes, operadores y profesionales de la defensa. Las respuestas resumen el análisis desarrollado en los capítulos precedentes.

1. ¿La desvinculación es lo mismo que la determinación alternativa?

No. La determinación alternativa, desarrollada por la Sala Penal de la Corte Suprema a fines de la década de 1990, suponía que el juez elegía entre dos calificaciones posibles para el mismo hecho. La desvinculación, tal como la regulan el artículo 374 y el artículo 397 del Código Procesal Penal, supone que el juez corrige un error de subsunción, con sujeción a los presupuestos y al procedimiento de advertencia. Ambas figuras se relacionan históricamente, pero su fundamento y su alcance son distintos.

2. ¿El juez puede condenar por un delito más grave que el acusado?

Solo en condiciones muy restrictivas. La jurisprudencia suprema ha señalado que la recalificación más grave exige advertencia previa, debate y, de ser necesario, una acusación complementaria. Si el Ministerio Público no hace suya la tesis, el juez no puede imponer la condena por el delito más grave. Además, la pena que se imponga debe corresponder al tipo penal de la recalificación y debe estar motivada de manera reforzada cuando supere la solicitada por el fiscal.

3. ¿Qué ocurre si la fiscalía se opone a la recalificación?

El juez no puede imponer la nueva calificación. La consecuencia que sigue la doctrina recogida en el libro es la absolución por la imputación no sostenida y la remisión de los actuados a la fiscalía con los fundamentos escritos de la decisión, para que el Ministerio Público evalúe si corresponde un nuevo proceso. La absolución en estos casos no equivale a declarar la inocencia del acusado.

4. ¿Es obligatorio suspender la audiencia?

La suspensión procede cuando una de las partes manifiesta que no está preparada para pronunciarse sobre la tesis del tribunal. El artículo 374, numeral 1, la limita a hasta cinco días. Si la parte no solicita la suspensión y declara estar preparada,

el juicio puede continuar; sin embargo, el tribunal debe asegurar que la advertencia haya sido comprendida y que el pronunciamiento se haya producido de manera expresa.

5. ¿La advertencia puede hacerse verbalmente?

La ley no prohíbe la advertencia verbal, pero su uso no es recomendable. La práctica más segura es la resolución escrita y motivada, notificada con antelación suficiente, porque permite a las partes preparar su respuesta y facilita el control casacional. Cuando la advertencia se realiza en audiencia, debe constar en acta con precisión.

6. ¿Puede desvincularse el juez cuando la recalificación favorece al acusado?

En principio sí, siempre que se cumplan los presupuestos de homogeneidad, inmutabilidad, defensa, coherencia y favorabilidad. El Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima sostiene que, en el supuesto de una recalificación favorable que la defensa pudo prever, no es exigible que la tesis haya sido postulada en el juicio. No obstante, la advertencia formal es la vía más segura para evitar controversias sobre la previsibilidad del cambio.

7. ¿Qué diferencia hay entre precisar un hecho y agregar un hecho?

Precisar consiste en completar detalles o datos del relato con la prueba debatida, sin cambiar el tipo penal ni introducir circunstancias nuevas que agraven la situación del acusado. Agregar consiste en incorporar un hecho o una circunstancia no imputada que modifica la responsabilidad, como una agravante. La Casación N.° 533-2020-Ucayali admite la primera y rechaza la segunda sin debate previo.

8. ¿La desvinculación es compatible con el principio acusatorio?

Sí, cuando se entiende como una facultad de aplicar la norma correcta a los hechos acusados y se ejerce con transparencia, advertencia y motivación. La objeción de que el juez asume una función acusatoria se atenúa si la decisión se somete al contradictorio y el tribunal se limita a señalar la posibilidad de recalificación, dejando que las partes decidan.

9. ¿Qué hacer como defensor ante una advertencia del tribunal?

El defensor debe analizar si la recalificación cumple los presupuestos, evaluar si es favorable o gravosa, pedir la suspensión si lo necesita, ofrecer prueba que sustente la posición de la defensa y, si la recalificación se impone sin cumplir los requisitos, interponer los recursos correspondientes, incluido el de nulidad, que puede fundarse en la omisión de la advertencia, en la falta de presupuestos o en la motivación insuficiente.

10. ¿Qué debe hacer el fiscal cuando el juez advierte una posible recalificación?

El fiscal debe analizar la advertencia, evaluar si la nueva calificación corresponde a la prueba y pronunciarse de manera expresa. Puede acoger la tesis y presentar una acusación complementaria, oponerse con fundamentos o, en su caso, mantener la acusación original. El silencio no es una opción neutral, porque conduce a la absolución y a la remisión de los actuados.

11. ¿Cómo influye la coexistencia del Código de 1940 y del Código de 2004?

El Código de 2004 es el que rige los procesos iniciados bajo su vigencia. Por ello, la desvinculación debe fundarse en los artículos 374 y 397 de ese código, y no en el artículo 285-A del Código de 1940. La Casación N.° 659-2014-Puno precisa que la cita errónea no determina por sí sola la nulidad de la sentencia, pero los operadores deben citar la norma correcta para garantizar la motivación adecuada.

12. ¿Qué papel cumple el control de acusación?

El control de acusación, en la etapa intermedia, permite al juez de investigación preparatoria corregir errores de calificación antes del juicio oral. Un control riguroso reduce la necesidad de desvinculación en el juicio y disminuye el riesgo de nulidades. Por ello, el fortalecimiento de esta etapa es parte de la solución al problema de la calificación errónea.

BIBLIOGRAFÍA

ARIANO DEHO, Eugenia. El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil. Jurista Editores, Lima, 2003.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. RAO Editora, Lima, 1998.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. ARA Editores, Lima, 2001.

CÁCERES JULCA, Roberto. Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción. Grijley, Lima, 2008.

CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. Derecho Procesal Penal, San Marcos, Lima, 2014.

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Temis, Bogotá, 1997.

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. La prueba ilícita en el proceso penal peruano. Juristas editores, Lima, 2009.

CATACORA GONZALES, Manuel. Manual de Derecho Procesal Penal. Rodhas, Lima, 1996.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Común. aspectos teóricos y prácticos. Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. El Nuevo Juicio Oral. Teoría del Caso, Litigación Oral y Jurisprudencia. Editorial FFECAAT E.I.R.L., Lima, 2012

DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal. ARA Editores, Lima, 2017.

Espinoza Goyena, Julio. La Persona Jurídica en el Nuevo Proceso Penal. Palestra, Lima, 2004.

GALVEZ VILLEGAS, Tomas. RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista Editores, Lima, 2010.

HORVITZ LENNO, María I., LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MAVILA LEON, Rosa. El nuevo Sistema Procesal Penal. Lima: Jurista Editores, 2005.

MIXAN MAS, Florencio. Juicio Oral. Ediciones BGL, Trujillo, 2003.

NEYRA FLORES, José Antonio. Manuel del nuevo proceso penal & de litigación oral. Idemsa, Lima, 2010.

NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. IDEMSA, Lima, 2015.

ÓRE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal peruano. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2016.

PALACIO, Lino. E. La prueba en el proceso penal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Estudios de Derecho Procesal Penal. Tribuna Jurídica, Lima, 2018.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Rodhas, Lima, 2007.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. El Ministerio Público en el Sistema Acusatorio, Instituto Pacifico, Lima, 2016.

PÉREZ MORALES, Mónica. Correlación entre la acusación y sentencia en el proceso ordinario. COMARES, Granada: 2002.

QUIROZ SALAZAR, William. El sistema de audiencia en el proceso penal acusatorio. Lima, Instituto Pacífico, 2015.

ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, T.I, Jurista Editores, Lima, 2015

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2008.

SAN MARTÍN CASTRO, César E. Estudios de derecho procesal penal. Grijley, Lima, 2012.

SAN MARTÍN CASTRO, César E. Lecciones de derecho procesal penal. Editorial INPECCP, Lima, 2015.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El nuevo Proceso penal, Idemsa, Lima, 2009.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Código Procesal Penal comentado. IDEMSA, Lima, 2013.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. AMAG, Lima, 2009.

ANEXOS DE DESVINCULACIÓN PROCESAL

Se reproducen a continuación las 51 páginas del documento de anexos, en su integridad y en el orden original. El cuadro siguiente identifica cada resolución de la Corte Suprema de Justicia de la República incorporada y su tema central, con fines de consulta. Las fechas se consignan cuando pueden verificarse en el texto del anexo.

N.°	Resolución	Fecha de expedición	Tema central
1	Casación N.° 533-2020-Ucayali	21/09/2021	Correlación entre acusación y sentencia; motivación ilógica; ampliación fáctica permitida y agravantes de oficio no admitidas
2	Recurso de Nulidad N.° 743-2012-Junín	Ver anexo	La desvinculación de la acusación fiscal
3	Casación N.° 659-2014-Puno	10/05/2016	Tempus regit actum; presupuestos de la desvinculación; reenvío
4	Recurso de Nulidad N.° 2122-2014-Callao	Ver anexo	Presupuestos de la desvinculación
5	Recurso de Nulidad N.° 3424-2013-Junín	08/06/2015	Violación sexual de menor a actos contra el pudor; nulidad y condena por violación
6	Recurso de Nulidad N.° 2160-2015-Lima	07/04/2016	Robo agravado a lesiones graves; no vulneración de la congruencia
7	Recurso de Nulidad N.° 664-2015-Áncash	21/07/2016	Desvinculación de tipo penal; indebida valoración probatoria
8	Recurso de Nulidad N.° 1261-2016-Callao	Ver anexo	Desvinculación procesal de violación sexual a actos contra el pudor (cuadro de síntesis)
9	Recurso de Nulidad N.° 1864-2019-Lima	09/12/2021	Violación sexual de menor a actos contra el pudor; reparación integral de la víctima

ANEXOS

Casación N° 533-2020-UCAYALI
La Institución de la Desvinculación Procesal

Recurso de Nulidad N° 743-2012-JUNIN
La Desvinculación de la Acusación Fiscal

Casación N° 659-2014-PUNO
Desvinculación Procesal

Recurso de Nulidad N° 2122-2014-CALLAO
Presupuestos de la Desvinculación

Recurso de Nulidad N° 3424-2013-JUNIN
Desvinculación Procesal

Recurso de Nulidad N° 2160-2015-LIMA
Desvinculación del Órgano Jurisdiccional

Recurso de Nulidad N° 664-2015-ANCASH
Desvinculación de Tipo Penal

Recurso de Nulidad N° 1261-2016-CALLAO
Desvinculación Procesal

Recurso de Nulidad N° 1864-2019-LIMA
Desvinculación Procesal de violación sexual
de menor a actos contra el pudor

Casación Nº 533-2020-UCAYALI
La Institución de la Desvinculacion Procesal

i. El Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116, interpretando esta institución, estableció que, desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse. Es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven —de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes— la responsabilidad del acusado. No obstante, el Tribunal —conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral— puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que ello no implique un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia.

ii. El Tribunal Superior advirtió que la decisión de primera instancia adolecía de un vicio de nulidad consistente en la vulneración de los principios acusatorio y de contradicción, por cuanto se había modificado sustancialmente el hecho materia de imputación. No obstante, equivocadamente emitió pronunciamiento de fondo absolviendo al procesado. Por lo tanto, se configura un vicio en la motivación (motivación ilógica). De modo que corresponde declarar nula la sentencia impugnada vía casación y disponer un nuevo juicio de apelación por otro Colegiado Superior.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ucayali**

contra la sentencia de vista expedida el veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve por la Segunda Sala Penal de Apelaciones en adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que revocó la sentencia del veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho, que condenó a Fredy Arévalo Campos como autor del delito de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado —Ministerio Público-División Médico Legal de Yarinacocha—, a seis años de pena privativa de libertad y, reformándola, lo absolvió de la acusación fiscal; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

§ I. Itinerario del proceso

Primero. Mediante el requerimiento presentado con fecha seis de noviembre de dos mil diecisiete, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios formuló acusación directa contra Fredy Arévalo Campos por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo propio —previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal[1]—, en calidad de autor, en agravio del Estado[2], por el siguiente hecho:

1.1 Se atribuye al encausado, en su calidad de psicólogo de la División Médico Legal de Yarinacocha, haber solicitado la suma de S/ 3000 (tres mil soles) a Víctor Wigberto Nascimento Ríos para que la pericia psicológica que iba a realizar a su hijo Omar Nascimento Amaringo saliera a su favor —quien venía siendo investigado, a nivel preliminar, por el delito de violación a la intimidad—. Luego, Víctor Nascimento le indicó que no contaba con dicha cantidad de dinero, por lo que el encausado le rebajó la suma requerida al monto de S/ 2000 (dos mil soles).

1.2 Las circunstancias de este hecho son las que se detallan a continuación:

1.2.1 Circunstancias precedentes: el catorce de noviembre de dos mil dieciséis, a las ocho y treinta de la mañana, los esposos Sulamita Amaringo de Nascimento y Víctor Wilberto Nascimento Ríos se apersonaron en la Oficina Desconcentrada contra la Corrupción de Funcionarios de Ucayali indicando que su hijo Omar Nascimento Amaringo tenía una denuncia en la Fiscalía Provincial Corporativa Penal de Yarinacocha por haber tomado fotos a una fémina en el Centro Comercial Real Plaza y que tenía que pasar por una pericia psicológica con el psicólogo Fredy Arévalo Campos de la División Médico Legal de Yarinacocha para el citado día, a las cuatro de la tarde. Pero fue el caso que el sobrino del señor Víctor Nascimento lo llamó para que intercediera en la referida pericia psicológica y le señaló que había conversado con el psicólogo antes mencionado, quien le solicitó la suma de S/ 3000 (tres mil soles) para que la pericia saliera a favor de su hijo, a lo cual este le indicó que no contaba con esa cantidad, por lo que se la rebajó al monto de S/ 2000 (dos mil soles).

1.2.2 Circunstancias concomitantes: ante esta actitud del psicólogo, ese mismo día catorce de noviembre se apersonaron para denunciar el hecho. El representante del

---

[1] El artículo 393 del Código Penal fue modificado por el artículo único de la Ley número 3011, publicada el veintiséis de noviembre de dos mil trece (vigente en el momento de los hechos), cuyo texto en el segundo párrafo es el siguiente: "El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

[2] Expediente número 2435-2017-14-2402-JR-PE-04, folio 2.

Ministerio Público les preguntó si contaban con alguna suma de dinero a fin de poder realizar los actos preparatorios (fotocopiado de dinero); aquellos señalaron que no, pues un familiar había fallecido y se encontraban endeudados. Por lo tanto, se les colocó un dispositivo de audio y video —de propiedad del Ministerio Público— a los esposos, quienes se iban a entrevistar con el psicólogo antes de la sesión de su hijo.

1.2.3 Circunstancias posteriores: a las dos de la tarde con treinta minutos del día en mención, los esposos se entrevistaron con el psicólogo (procesado) en la División Médico Legal de Yarinacocha, donde grabaron lo conversado y quedaron en que la entrega de dinero sería el dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis —del acta de desiacrado, visualización y transcripción de video y audio se tiene cómo se habrían llevado a cabo las conversaciones de los esposos con el investigado, en las que este último solicitó dinero para que realizara un acto propio en violación de sus funciones—. Posteriormente, el procesado procedió a realizar a Omar Nascimento Amaringo el Protocolo de Pericia Psicológica número 001988-2016-PSC, el cual fue solicitado por la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Yarinacocha, y con ello fuera beneficiado en la investigación seguida en su contra por el delito de violación contra la intimidad.

1.3 Por estos hechos, la Fiscalía solicitó que se le imponga al procesado Arévalo Campos la pena de seis años de privación de libertad, así como la pena de inhabilitación por igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal —privación de la función e incapacidad para obtener cargo público—, y trescientos sesenta y cinco días multa (ascendentes a S/ 10 340.45 —diez mil trescientos cuarenta soles con cuarenta y cinco céntimos—)[3]. Asimismo, dado que la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios se constituyó en actor civil, solicitó por concepto de reparación civil la suma de S/ 6000 (seis mil soles).

Segundo. Mediante la sentencia de fecha veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho, emitida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Coronel Portillo[4], se condenó a Fredy Arévalo Campos por el delito de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado. En consecuencia, se le impuso la pena de seis años de privación de libertad, así como la pena de inhabilitación por el término de la condena, acorde con lo establecido en los incisos 1 —privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular— y 2 —incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público— del artículo 36 del Código Penal, y la pena de trescientos sesenta y cinco días multa, ascendentes a S/ 20 400 (veinte mil cuatrocientos soles); además, se fijó por concepto de reparación civil la suma de S/ 6000 (seis mil soles), que deberá abonar a favor del agraviado.

Tercero. La defensa del encausado Arévalo Campos impugnó la decisión de primera instancia[5]. Concedido el recurso y remitidos los actuados a la Sala Superior; asimismo, realizado el correspondiente juicio de apelación, mediante la sentencia de vista de fecha veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve, la Segunda Sala Penal de Apelaciones en adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali revocó la sentencia condenatoria de primera

[3] Expediente número 2435-2017-75-2402-JR-PE-04, folio 20.
[4] Folio 91.
[5] Folio 149.

instancia y, reformándola, absolvió de la acusación fiscal al encausado Fredy Arévalo Campos[6].

Cuarto. Contra la decisión de segunda instancia, la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ucayali interpuso recurso de casación[7]. Invocó las causales previstas en los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal (en adelante CPP). Asimismo, al amparo del artículo 427, inciso 4, del CPP, postuló como temas para desarrollo jurisprudencial los siguientes:

- Establecer si se puede generar la nulidad de una sentencia (ante la instancia superior) para efectos de realizar un nuevo juzgamiento, cuando el Colegiado de segunda instancia considera que en la sentencia apelada se habría realizado una modificación sustancial de los hechos por parte del juez de primera instancia, al momento de condenar.
- Establecer si se vulnera el principio de contradicción, cuando en juicio oral, producto del desarrollo de las actuaciones probatorias, el acusado tiene acceso a rebatir los nuevos datos o detalles relativos a los hechos no descritos en la acusación.

Su pretensión radica en el desarrollo necesario de la doctrina jurisprudencial; asimismo, que se declare fundado su recurso y nula la sentencia de segunda instancia.

§ II. Trámite del recurso de casación

Quinto. Este Tribunal Supremo, mediante el auto de calificación de fecha cinco de febrero de dos mi veintiuno —folio 121 del cuaderno de casación—, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 4 del artículo 429 del CPP; asimismo, el interés casacional es consolidar la jurisprudencia vinculante existente con relación a la nulidad en casos de sentencias absolutorias y evaluar si la decisión impugnada es contraria o no a dicha jurisprudencia.

[6] Folio 449.
[7] Folio 468.

§ III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, por resolución de fecha veintidós de julio de dos mil veintiuno —folio 131 del cuaderno de casación—, se señaló fecha de audiencia de casación para el primero de septiembre del presente año, mediante el aplicativo Google Hangouts Meet. Realizada la audiencia con la participación de la representante de la Fiscalía Suprema en lo Penal, se llevó a cabo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtual de la cual, tras la votación respectiva, se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia, cuya lectura se ha programado para la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ IV. El principio de correlación entre imputación y sentencia

Séptimo. Nuestro ordenamiento constitucional ha definido los roles y las funciones de cada una de las partes intervinientes en el proceso penal. Así, el Ministerio Público, al ejercer de modo privativo, exclusivo y excluyente la promoción de la acción penal y la persecución pública del delito[8], es quien formula la acusación en los términos del artículo 349 del CPP. En tal virtud, los hechos que determinan la incriminación al procesado —con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores— y la posterior valoración judicial

[8] El artículo 159 de la Constitución Política del Perú señala que le corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal. En esa misma línea, la Ley Orgánica del Ministerio Público —Decreto Legislativo número 052—, en su artículo 11, establece que el Ministerio Público es titular de la acción penal.

son definidos por el dictamen acusatorio —el cual será expuesto en el juicio oral correspondiente—.

Octavo. Frente a esta función acusatoria —Ministerio Público—, tenemos la de decisión, que recae en el Poder Judicial. De modo que, si bien el juez —tercero imparcial—, al emitir pronunciamiento —sentencia—, tiene la obligación de aplicar la norma jurídica que corresponde al caso concreto, lo que entraña el conocimiento del ordenamiento jurídico "el juez conoce el derecho", esta facultad viene vinculada con los hechos materia de acusación. Es decir, no puede mutar el hecho o lesionar la homogeneidad del bien jurídico, antes bien su preservación deviene en obligatoria[9]. Este es el conocido principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo sentenciado, que es el límite a la potestad de resolver del órgano jurisdiccional e impone como sanción la invalidación del acto procesal. Por lo tanto, si el órgano jurisdiccional se aparta, en mérito de su facultad, de los términos de acusación fiscal —la cual es postulatoria—, este debe respetar los hechos ciertos objeto de acusación, sin que cambie el bien jurídico tutelado por el delito acusado y, fundamentalmente, siempre que observe el derecho de defensa y el principio contradictorio[10].

Noveno. Además de ello, si en la sentencia se incluyen hechos y temas jurídicos no discutidos en juicio oral, ello vulneraría el derecho de defensa. De ahí que el derecho del procesado de conocer la acusación tiene como correlato el principio contradictorio, cuya máxima expresión garantista es la inmutabilidad de la acusación, en virtud de la cual el juez puede dar al hecho imputado una definición jurídica diferente, pero no puede modificarlo. No obstante, cuando como consecuencia de lo anterior tuviera que acudir a otro tipo penal, tal modificación implicaría la variación de la estrategia de la defensa —si esta no se encuentra implícita en la nueva disposición—, que a su vez exige el conocimiento previo del imputado para garantizar su defensa y el contradictorio, tanto más si, constitucionalmente, está proscrita la indefensión[11].

Décimo. Ahora bien, nuestro ordenamiento procesal penal en el artículo 397 prescribe la correlación entre la acusación y la sentencia en los siguientes términos:

> **Artículo 397 del CPP.- Correlación entre acusación y sentencia**
>
> **1.** La sentencia no podrá tener acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación complementaria, 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 del CPP.
>
> **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 justificante de atenuación.

§ V. La desvinculación procesal

Undécimo. La institución de la desvinculación está regulada en los siguientes términos:

> **Artículo 374 del CPP: Poder del Tribunal y facultad del fiscal**
>
> **1.** Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación

[9] Casación número 430-2015/Lima, fundamento jurídico décimo octavo y siguiente.
[10] Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 0402-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 10.
[11] *Op. cit.*, fundamento jurídico catorce.

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 tiene derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no suspenderá el plazo de cinco días.

Duodécimo. Tal como se prevé, el representante del Ministerio Público, ante la advertencia de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación primigenia y que modifica la calificación jurídica, la determinación de la pena o la reparación civil, formulará acusación complementaria. Ello trae consigo que el procesado puede ampliar su declaración y la suspensión del juicio oral, a fin de que los sujetos procesales puedan ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa, lo que incluso puede generar la variación de la estrategia de la defensa.

Decimotercero. Por su parte, el Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116, interpretando la institución de la desvinculación procesal, estableció que, desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse. Es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven —de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes— la responsabilidad del acusado [ello no significa una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal —conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral— **puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que ello no implique un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia**. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad, por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aun en contra de la solicitada erróneamente en la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña][12] (énfasis nuestro).

§ VI. De la motivación de las resoluciones judiciales

Decimocuarto. La motivación escrita de las resoluciones judiciales es un principio y derecho de la función jurisdiccional reconocido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. En virtud de ella, todos los jueces de las diversas instancias están

[12] Fundamento jurídico noveno.

obligados a fundamentar en razones de hecho y de derecho las decisiones que emitan. Estas decisiones, según el artículo 123 del CPP, son los autos y sentencias, exceptuándose los decretos, de mero impulso procesal.

Decimoquinto. Sobre esta garantía constitucional, en el Acuerdo Plenario número 06-2011/CJ-116[13] se estableció que la motivación puede ser escueta, concisa e incluso, en determinados ámbitos, por remisión. La suficiencia de ella —analizada desde el caso concreto, no *a priori*— requerirá que el razonamiento que contenga constituya, lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión.

Decimosexto. Ahora bien, el motivo de casación previsto en el inciso 4 del artículo 429 del CPP contempla dos hipótesis: **i)** falta de motivación y **ii)** manifiesta ilogicidad de la motivación. En ambos supuestos, señala la Casación número 482-2016/Cusco, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución, lo que desde luego obvia un análisis de las actuaciones judiciales —del resultado probatorio— para confrontarlo con la resolución emitida y delimita el examen casacional a la propia resolución de vista, en el caso de la sentencia del órgano de segunda instancia, de modo que si el recurrente busca la sustitución de la decisión del propio Tribunal Supremo se requerirá que el juicio de inferencia dependa de la pura corrección del razonamiento jurídico de los jueces sentenciadores[14]. En esa línea, es de enfatizar lo siguiente:

16.1 La falta de motivación está referida:

1. A la ausencia absoluta de análisis, probatorio y jurídico penal, en la resolución judicial, esto es, a la carencia formal de un elemento estructural de la resolución —motivación inexistente—.
2. A la motivación incompleta o insuficiente, que comprende la falta de examen respecto de: a) aspectos centrales o trascendentales del objeto del debate —puntos relevantes objeto de acusación y defensa, esto es, pretensiones en sentido propio y no meras alegaciones que apoyen una pretensión—; b) pruebas esenciales o decisivas para su definición y entidad, sin las cuales pierde sentido la actividad probatoria, y las postulaciones y alegaciones de las partes procesales; c) la calificación de los hechos en el tipo legal —tipicidad— y de las demás categorías del delito relevante, de la intervención delictiva, de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad en caso de haber concurrido; y d) la medición de la pena y fijación de la reparación civil cuando correspondiere.
3. A la motivación aparente, que es aquella que incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o que introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto que no explique la causa de su convicción.
4. Aquellas sentencias que dan lugar a una imposibilidad de subsanación por inexistencia de la premisa mayor. Esto es así: a) cuando el detalle de los hechos y las circunstancias, gramaticalmente, resulte incomprensible; b) cuando por la omisión de datos o circunstancias importantes, esto es, extremos fundamentales del relato fáctico —según el objeto del debate— no es posible convencer la verdad de lo acontecido, qué fue lo que sucedió; y c) cuando el detalle de los hechos describa en términos dubitativos o ambiguos[15].

16.2 La manifiesta ilogicidad de la motivación está referida al contenido de la sentencia. Es aquella contraria a un razonamiento congruente y libre de contradicciones. De modo que, ante esta causal invocada, se revisará si el juez cometió algún error en su

[13] Fundamento jurídico undécimo.
[14] Fundamento jurídico cuarto.
[15] Fundamento jurídico quinto.

razonamiento y si guardan relación las premisas establecidas con las conclusiones a las cuales se arriba.

Decimoséptimo. En ese orden de ideas, es de precisar que el artículo 419 del CPP faculta al Tribunal Superior a revocar o anular total o parcialmente la resolución impugnada.

En tal virtud, sobre el interés casacional postulado, este Tribunal Supremo concluye que, si en segunda instancia se advierte que la sentencia impugnada adolece de un vicio insubsanable —tal es el caso de una modificación sustancial de los hechos materia de imputación, lo cual transgrede los principios acusatorio y de contradicción, así como el derecho de defensa—, debe procederse a decretar la nulidad de la sentencia recurrida. Todo ello con el objetivo de garantizar la observancia del debido proceso.

§ VII. Análisis del caso concreto

Decimoctavo. En el caso en análisis, tal como se señaló en el primer considerando, el representante del Ministerio Público atribuye a Fredy Arévalo Campos, en su calidad de psicólogo de la División Médico Legal de Yarinacocha, haber solicitado la suma de S/ 3000 (tres mil soles) a Víctor Wilberto Nascimento Ríos para que la pericia psicológica que iba a realizar a su hijo Omar Nascimento Amaringo saliera a su favor —quien venía siendo investigado, a nivel preliminar, por el delito de violación a la intimidad—. Luego, Víctor Nascimento le indicó que no contaba con dicha cantidad de dinero, por lo que el encausado se la rebajó al monto de S/ 2000 (dos mil soles).

Decimonoveno. El juez de primera instancia, cuando emitió sentencia, amparado en el citado Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116, que estipula que el órgano jurisdiccional puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato de los hechos imputados, concluyó que en la acusación no se efectuó mayor descripción con respecto a todos los detalles advertidos en la actuación de medios probatorios. De esta manera, de la actuación de medios probatorios, principalmente la visualización del video fílmico que contiene la conversación del encausado (psicólogo) con los esposos Víctor Nascimento Amaringo y Sulmita Amaringo de Nascimento —prueba de oficio—, afirmó que la solicitud de dinero se realizó al señor Víctor Nascimento Amaringo, persona que, si bien en juicio oral no recordaba por la enfermedad de Alzheimer que padece, en la fecha de los hechos materia de imputación se encontraba lúcida. Aunado a ello, en la citada conversación se aprecia la participación activa de la señora Sulmita Amaringo de Nascimento, quien también conversó con el encausado Fredy Arévalo, y la temática de dicha conversación giró en torno a esta tratativa previa entre el acusado y Víctor Nascimento. De modo que el acto propio en violación de sus obligaciones se encuentra en el hecho de que el procesado tenía la obligación como profesional de ser imparcial y no manipular los resultados; sin embargo, participó de modo activo en toda esta situación ilícita. Incluso, explicó en esta conversación cómo se realizaría el procedimiento ilícito en el sistema.

De otro lado, si la conclusión es que la manipulación del sistema no existe, el encausado estaría ofreciendo un acto falso, inexistente y engañando a los interlocutores. Por lo tanto, se tiene también que el beneficio ilícito es para su persona.

La conclusión de que el procesado realizó tratativas para conseguir un pago con el fin de llevar a cabo un acto en violación de sus

obligaciones está relacionada con el favorecimiento del hijo de los denunciantes, Omar Nascimento Amaringo, en la pericia psicológica que se obtuvo o se obtendría en una investigación a nivel fiscal (tanto del investigado como de la víctima).

Vigésimo. Frente a ello, la Sala Superior afirmó que el juez de primera instancia realizó una mala aplicación del citado acuerdo plenario, pues fuera de ampliar meros detalles o datos al hecho imputado se realizó una modificación sustancial a este, por cuanto en la acusación se postuló que el encausado Arévalo Campos, en su calidad de psicólogo de la División Médico Legal de Yarinacocha, solicitó la suma de S/ 3000 (tres mil soles) a Víctor Nascimento Ríos para que la pericia que iba a realizar a su hijo Omar Nascimento Amaringo saliera a su favor; sin embargo, el juez concluyó en un hecho distinto: el procesado realizó tratativas para conseguir un pago con el fin de llevar a cabo un acto en obligación de sus funciones. Ello vulnera los principios de acusación y contradicción, por lo que se advierte una causal de nulidad. No obstante, amparado en la Resolución Administrativa número 2-20014-CE-PJ, emitió pronunciamiento de fondo. Así, revocó la decisión de primera instancia y absolvió al procesado por los siguientes motivos:

20.1 En el delito atribuido a Arévalo Campos —cohecho pasivo propio, previsto en el artículo 393, segundo párrafo, del Código Penal, que señala lo siguiente: "El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo o promesa de cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas"— la ventaja o beneficio que recibe o solicita el funcionario o servidor público tiene como objetivo el incumplimiento de las funciones competentes a su cargo, lo cual repercute en un beneficio ilícito tanto para el funcionario público como para el otro sujeto participante.

20.2 De las actuaciones de los elementos probatorios, se observa que el análisis del caso se centró en la visualización del CD como prueba de oficio, en que se puede apreciar el encuentro entre los esposos Sulamita Amaringo de Nascimento y Víctor Wigberto Nascimento Ríos con el procesado Arévalo Campos. Esta prueba fue introducida en mérito de que la prueba ofrecida por el representante del Ministerio Público para su actuación —acta de visualización y transcripción de video y audio, cuya grabación realizado no contó con el respaldo en disposición alguna que la autorizara— contenía falencias en su análisis, motivo por el cual no es posible obtener mayores datos para determinar la responsabilidad penal del encausado.

20.3 Sobre la visualización del CD, el punto de controversia estriba en el contenido de la conversación sostenida; pues, si se tiene en cuenta que el hecho materia de imputación se refiere a que el acusado solicitó una suma de dinero para favorecer a una persona para que la pericia psicológica saliera a su favor, dicho aspecto debió ser acreditado, lo cual no sucedió, dado que el juez modificó este hecho y estableció que el encausado llevó a cabo tratativas para conseguir un pago con el fin de realizar un acto en obligación de sus funciones, es decir, el juez llegó a una conclusión apartada de la imputación que planteó el Ministerio Público. Por lo tanto, concluyó que el hecho primigenio no tiene corroboración alguna, pese a que se valoraron los demás medios probatorios, como las testimoniales de los denunciantes, quienes en parte de sus declaraciones señalaron no acordarse de la conversación con el recurrente; asimismo, respecto a los demás testigos, fueron solo referenciales.

20.4 Es más, del análisis que realizó el juez de primera instancia, bien podría interpretarse como si el procesado estuviera negociando para un tercero, lo cual se aparataría del tipo penal. Agregó que los hechos establecidos por el juez de primera instancia no se subsumen dentro de los elementos objetivos y subjetivos del ilícito penal de cohecho pasivo propio.

Vigesimoprimero. De lo expuesto, se evidencia una motivación ilógica. La Sala Superior advirtió que la sentencia impugnada adolecía de un vicio de nulidad consistente en la vulneración de los principios acusatorio y de contradicción —incluso del derecho de defensa—, por cuanto en la sentencia recurrida se había modificado sustancialmente el hecho materia de imputación. No obstante, pese a ello, emitió pronunciamiento de fondo respecto a un asunto sobre el cual no se han actuado medios probatorios —solo declaró el procesado— y se concluyó con la absolución de este. No es admisible que la Sala Superior, al amparo de una resolución administrativa, proceda a emitir pronunciamiento de fondo y, con ello, desconozca el presunto vicio insubsanable, como el que nos ocupa.

Vigesimosegundo. En suma, la sentencia de vista adolece de un vicio de motivación e incurre en la causal de nulidad absoluta, prevista en el inciso d) del artículo 450 del CPP, por lo que debe anularse la sentencia recurrida vía casación y disponer que este proceso sea nuevamente dilucidado por otro Tribunal Superior, bajo los lineamientos establecidos en los fundamentos precedentes (correlación entre acusación y sentencia, y las facultades del juez para ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato fáctico), así como lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 433 del CPP.

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 FUNDADO el recurso de casación, por la causal prevista en el inciso 4 del artículo 429 del CPP, interpuesto por la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ucayali** contra la sentencia de vista expedida el veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve por la Segunda Sala Penal de Apelaciones en adición Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que revocó la sentencia del veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho, que condenó a Fredy Arévalo Campos como autor del delito de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado —Ministerio Público-División Médico Legal de Yarinacocha—, a seis años de pena privativa de libertad y, reformándola, lo absolvió de la acusación fiscal; con lo demás que contiene. En consecuencia, declararon **NULA** la aludida sentencia de vista.

II. ORDENARON que otro Tribunal Superior realice un nuevo juicio de apelación, según lo señalado en la presente decisión.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema; acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia y se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen para que proceda conforme a ley y se archive el cuadernillo formado en esta sede suprema.

Intervino el señor juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/MRLLL

R.N. N° 743-2012-JUNIN
La Desvinculación de la Acusación Fiscal

Lima, diecinueve de junio de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior, por el acusado Ricardo Luis Huamán Huallpa y por el abogado de la parte civil contra la sentencia de fojas doscientos ochenta y tres, del treinta y uno de enero de dos mil doce; y **CONSIDERANDO: Primero**: Que el Fiscal Superior en la formalización de su recurso de nulidad de fojas trescientos doce sostiene que se debió aplicar el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal, que comprende a los menores de edad de catorce a dieciocho años; añade que la recurrida ha sido por demás benigna pues obran suficientes pruebas que corroboran la responsabilidad penal del acusado Huamán Huallpa, además se hizo una errada aplicación del Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis; que, el acusado Huamán Huallpa en su recurso formalizado de fojas trescientos diecisiete alega que el hecho de que se haya probado la materialidad del delito no prueba su responsabilidad penal, pues debe tenerse en cuenta que entre la fecha en que ocurrieron los hechos y la realización del reconocimiento médico, transcurrieron tres días, además la menor primero dijo que fue violada y luego cambió de versión, que no es creíble, que, como dice, después de la producción de un hecho tan execrable la menor se retiró minutos después en forma normal y no huyó del lugar; que no existe ninguna prueba que lo vincule con la comisión del ilícito, que además con las declaraciones de los testigos Hermelinda Sonia Vargas Meza y Eustaquio Faustino Medina se acreditó que el dia de los hechos trabajó en la chacra con Modesto Julio Ingaruca Quispe y que permaneció en la casa de éste hasta las diez y

//.. treinta de la noche; que el contenido de la declaración jurada de fojas ciento setenta y cinco, es válido pues los padres de la menor, Gloria Nelly Navarro Colachagua y Floriano Alejandro Huallpa Arias lo corroboraron, al igual que el contenido de la constancia de trabajo la cual se corrobora con las testimóniales de Hermelinda Sonia Vargas Meza y Eustaquio Faustino Medina, que la mera sindicación de la víctima no puede servir de sustento para imponerle una sentencia condenatoria; que, por último la parte civil en su recurso de nulidad formalizado de fojas trescientos veintitrés sostiene que de conformidad con la naturaleza del delito de violación sexual y el daño causado a la víctima, que se corrobora con la pericia psicológica, solicita que la reparación civil se eleve a cinco mil nuevos soles. **Segundo**: Que se imputa al acusado Huamán Huallpa haber abusado sexualmente de la menor agraviada de iniciales J.K.H.N. de quince años de edad, el veinticinco de octubre de dos mil diez, a las veintiún horas aproximadamente, cuando salió de su domicilio a comprar galletas, y se dirigió a la vivienda de su prima Sheila, que en forma intempestiva apareció el acusado, provisto de un cuchillo mediano con mango de madera, por detrás de la agraviada, le tapó la boca, y con el cuchillo le hincó a la altura de las costillas amenazándola de muerte si gritaba, y la condujo hacia el camino oscuro, momentos en que la menor alzó su rostro para ver la cara del sujeto que la tenía, observando que se trataba de su primo hermano -hijo de Victoria Huallpa Arias, hermana de su padre y Ruperto Huamán-, quien luego la empujó al suelo y procedió a violarla sexualmente vía vaginal, que a los diez minutos que se retiró el acusado, la menor se retiró a su casa, que al día siguiente la agraviada //.. fue a la chacra donde trabajan sus padres y le contó lo sucedido a su madre. **Tercero:** Que, es necesario señalar que el objeto del proceso consiste en esclarecer los temas sometidos a controversia bajo los parámetros de los principios y garantías constitucionales que la rigen, de suerte que una inadecuada dilucidación del tema en comento no sólo incumple con los referidos parámetros sino que menoscaba el sistema de control social; que, en este sentido, el deber de motivar las decisiones jurisdiccionales no puede resumirse a una mera aportación formal de razones; motivar exige aportar razones lo suficientemente sólidas y convincentes para descartar la arbitrariedad, de suerte que la motivación consiste en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración, todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto; que, en el presente caso, el Tribunal Superior efectuó una deficiente motivación interna de razonamiento para desvincularse de la calificación jurídica prevista en la acusación fiscal y por ende en la determinación judicial de la pena, pues se limitó a transcribir parte del Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, y citar el artículo correspondiente a la desvinculación, sin el mayor análisis; por lo que la ausencia de argumentos o insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. **Sexto**: Que, por consiguiente, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales, y en consecuencia rescindir la sentencia impugnada, y convocar a un nuevo juicio oral. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de

//.. fojas doscientos ochenta y tres, del treinta y uno de enero de dos mil doce; con lo demás que contiene; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente Ejecutoria; en el proceso seguido contra Ricardo Luis Huamán Huallpa por delito de violación de la libertad sexual –violación de menor- en perjuicio de la agraviada de iniciales J.K.H.N.; y los devolvieron.-

S.S.

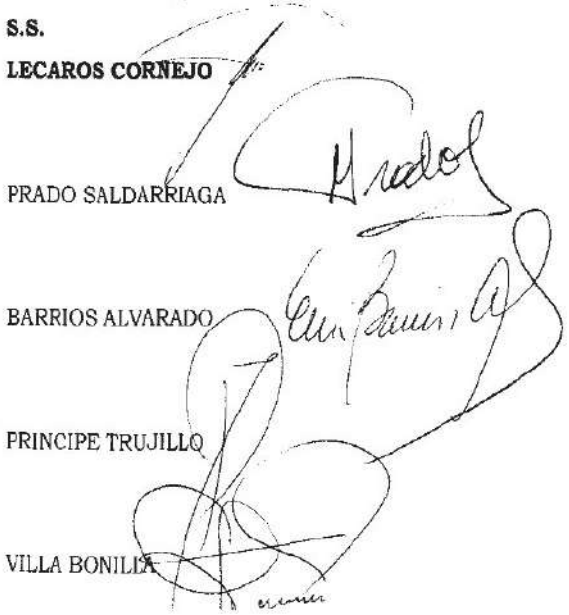
LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA



Casación N° 659-2014-PUNO
Desvinculación Procesal

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 de 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 -Alférez 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

e 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 Alférez 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 esaje de los referidos paquetes, empleándose el reactivo resultando positivo ara 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 ve infinueve- 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 alificación jurídica y aun cuando no se ha planteado la tesis es una posible desvinculación en los asos 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 e la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación (...)", por lo ue 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 amplia oria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374° del citado exto adjetivo". Adiciona que la sentencia materia de grado aplicó el Acuer o Plenario N° 04-2007/CJ-116 que determina la desvinculación procesal 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 inciso 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 uevo 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 destimado 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

.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

.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 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. 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 alta 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 inisterio 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: **c)** 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 tipo[1].

2.3.3. Hasta en onces los Jueces Supremos habían acudido al procedimiento llamado *"ade uación 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 alternativa[2].

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, caída en el Recurso de Nulidad N° 2490-2006, y luego en el Acuerdo Plenario ° 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,

[1] CATAGORA GONZALEZ, Manuel. 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*. Nº 13. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 1999.

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 gundo 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 cusación; siendo que en ambos casos, el artículo 285-A del Código de rocedimientos 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

[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.

corresponde a que la Sala plantee la tesis de una imputación más grave, les rinde 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 subsuntivo 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 cualificadas también para el caso de que no concurran 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 mediando 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.

.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], salvarguando 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 Penal[4] sino a previsto en el segundo párrafo[5] 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 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 ~~circunstancias~~ agravantes previstas en el artículo 297° del primer párrafo, numerales , 4 y 6, en agr vio del Estado Peruano, a diecisiete años de pena privativa de libertad; con los demás que contiene.

---

[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.

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

R.N. N° 2122-2014-CALLAO
Presupuestos de la Desvinculación

Presupuestos de la desvinculación
Sumilla. Es posible que el Tribunal de instancia pueda, de oficio, introducir al debate una nueva calificación jurídica del hecho incriminado, para lo cual deben concurrir los siguientes presupuestos: **a)** La homogeneidad del bien jurídico tutelado. **b)** Inmutabilidad de los hechos y las pruebas. **c)** Preservación del derecho de defensa. **d)** Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. **e)** La favorabilidad.

Lima, ocho de septiembre de dos mil quince.

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado ULISES GUADALUPE RODRÍGUEZ ROMERO, contra la sentencia de fojas setecientos noventa y siete, de fecha tres de junio de dos mil catorce, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la Salud Pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado, a quince años de pena privativa de libertad efectiva, trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación por el término de dos años; fijó en diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar, en forma solidaria, con el sentenciado Alejandro Pacheco Zamora, a favor del Estado.
Interviene como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el encausado Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, en su recurso formalizado de fojas ochocientos quince, insta la adecuación del tipo penal, pues su conducta no se encuentra comprendida dentro de las agravantes que contempla el artículo doscientos noventa y siete, inciso seis –organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas–, en tanto su función fue la de trasportar droga –*burrier*–. Alega que, erradamente, la Sala Superior lo ha

condenado sobre la base de la sindicación efectuada por su coprocesado Alejandro Pacheco Zamora, sin tener en consideración lo establecido en el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis.

SEGUNDO. Que el señor representante del Ministerio Público, a través de su acusación, obrante a fojas cuatrocientos treinta y tres, y de lo determinado en la sentencia, atribuye al procesado Ulises Guadalupe Rodriguez Romero la comision del delito contra la Salud Pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado; señala la acusación que el día veintinueve de setiembre de dos mil diez, a las once y treinta de la noche, aproximadamente, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima, personal policial intervino al ciudadano mexicano Alejandro Pacheco Zamora, en razón que el registro de su equipaje con tique de embarque N.° AM 0139679203, contenía dos paquetes rectangulares con una sustancia blanquecina pulvurulenta, las que al ser sometidas a los exámenes químicos correspondientes, arrojaron un peso neto total de 14,948 kilogramos de clorhidrato de cocaína.

Al ser interrogado el procesado Alejandro Pacheco Zamora señaló que llegó al Perú por invitación de su cuñado Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, con quien estuvo en toda su estadía en Perú y quien seguramente le colocó la droga en su equipaje. En este contexto, se le imputa a Ulises Guadalupe Rodríguez Romero ser financista, captador y haber entregado la droga al sentenciado Ajejandro Pacheco Zamora.

TERCERO. Que en cuanto al recurso impugnatorio interpuesto por el procesado Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, se aprecia que no entraña ninguna discusión probatoria el hallazgo de 14,948 kilogramos de clorhidrato de cocaína, la misma que fue incautada al procesado Alejandro Pacheco Zamora, en tanto este se encuentra acreditado con el acta de registro de equipaje, prueba de campo, orientación y descarte, pesaje, comiso y lacrado de droga, inventario de prendas e incautación, obrante a folios treinta y cuatro, y el dictamen pericial de química (droga), lo que constituye punto de conflicto probatorio a evaluar es la vinculación del procesado Rodríguez Romero como financista y captador de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas –tipificado en la circunstancia agravada prevista en el inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal– o por si al contrario nos encontramos ante el delito de tráfico ilícito de drogas en su figura básica –aspecto jurídico que es materia de cuestionamiento por parte del recurrente–; por consiguiente, corresponde evaluar lo actuado en atención a los agravios expuestos y determinar si en la conducta que desplegó el encausado Rodríguez Romero, concurre o no una de las hipótesis jurídicas que describe el inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal, relacionado con ser integrante de una organización criminal.

CUARTO. El inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal, señala como circunstancia agravada del comportamiento típico, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal, lo siguiente: "El hecho es cometido por tres o m´s personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración"; del mismo se advierte la presencia de dos supuestos: **i)** Cuando el hecho es cometido por tres o más personas. **ii)** Cuando el hecho es cometido en calidad de integrante de una organización. En el presente caso, el señor Fiscal Superior, al momento de emitir su requisitoria oral, señaló como tesis incriminatoria que el comportamiento del agente está circunscrito específicamente al supuesto en que el hecho es cometido en calidad de integrante de una organización.

QUINTO. El procesado Ulises Guadalupe Rodríguez Romero señala que llegó al Perú en calidad de *burrier,* contactado por Leo o Leonardo –conocido como "El Primo"–, quien por sus servicios de transporte le daría la suma de mil dólares, y le otorgó dinero a efectos de que viaje acompañado al Perú, por lo que con engaños invitó a su cuñado Alejandro Pacheco Zamora. Que una vez en el Perú se arrepintió de transportar la sustancia ilícita y le propuso al conocido como "Leonardo" que coloque la droga en la maleta de su cuñado, y es así que este aprovechó que se encontraban almorzando y las maletas estaban en su auto para proceder a colocar la droga.

SEXTO. Estando a lo expuesto, se evidencia que la Sala erróneamente encuadró la conducta típica del procesado en la de criminalidad organizada por cuanto no se evidencia una distribución de roles propias de este tipo de organizaciones; sin embargo, en el presente caso la acusación, los hechos probados, advierte la participación en el ilícito criminal de tres personas y ello se acredita con la propia versión del procesado Rodríguez Romero –glosada en el fundamento quinto de la presente Ejecutoria Suprema–, así como por la brindada por su coprocesado Alejandro Pacheco Zamora –ahora sentenciado por estos mismos hechos–, quien a nivel policial, en presencia del representante del Ministerio Público (véase folios dieciséis), acta de entrevista fiscal (véase folios cuarenta), en la instrucción (véase folios ciento seis), y en el juicio oral (véase folios setecientos setenta y tres) indicó que vino al Perú por invitación de su cuñado y coprocesado Rodríguez Romero, ya que este pagó los boletos aéreos suponiendo que la droga que se halló en sus maletas fue colocada por este, puesto que fue la única persona con la que compartió la misma habitación. Agregó que a su llegada al Perú conoció a la persona conocida como "El Primo" –Leo o Leonardo– y que fue esta quien efectuó sus traslados al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, así como desde la ciudad de Lima a Chancay y viceversa. Sindicación que contrariamente a lo alegado por el recurrente cumple con los supuestos establecidos en el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, número dos guion dos mil cinco oblicua CJ guion ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, referente a los requisitos de la sindicación de los coacusados, testigos o agraviado, pues no hay motivos para estimar que se trata de una incriminación equivocada, menos que exista algún tipo de animadversión del agraviado hacia el imputado a quien lo une un vínculo familiar por ser cuñados.

Es evidente que el encausado Rodríguez Romero, en concurso con Pacheco Zamora, realizaron funcionalmente en concierto actos que descartan que su conducta se encuadre en la de *burrier*, en tanto el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116 ha señalado que los denominados "correos de cargas" o *burries* son individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje, entre otros, por lo que su labor se circunscribe a trasladar instrumentalmente los bienes delictivos. Y en el caso del apodado como "Primo", "Leo" o "Leonardo", conforme la versión de los procesados fue la persona que proporcionó la sustancia ilícita, gestionó, cubrió los gastos que demandaba el viaje desde México al Perú –tal como lo ha indicado el propio procesado Rodríguez Romero-, apreciándose de esta manera una pluralidad de agentes con la finalidad de hacer efectivo el traslado de la droga desde la ciudad de Lima a los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que la circunstancia agravada de pluralidad de agentes emerge claramente y por ello debe ser reconducida la calificación típica de su comportamiento delictivo, en el artículo doscientos noventa y siete, inciso seis, en el ámbito de pluralidad de agentes, el mismo que de ninguna manera vulnera el principio de legalidad, en tanto el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República número cuatro guion dos mil siete –referido

a la desvinculación procesal prevista en el artículo doscientos ochenta y cinco guion A, del Código de Procedimientos Penales–, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, estableció que si bien es inmutable el hecho punible imputado por el señor Fiscal Superior en la acusación escrita, es posible que el fiscal, en su requisitoria oral o el Tribunal de Instancia, de oficio pueda introducir al debate una nueva calificación jurídica del hecho incriminado, para lo cual deben concurrir los siguientes presupuestos: **a)** La homogeneidad del bien jurídico tutelado. **b)** Inmutabilidad de los hechos y las pruebas. **c)** Preservación del derecho de defensa. **d)** Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. **e)** La favorabilidad, sin que ello implique una modificación de los hechos, más aún en el presente caso no se ha dado tal afectación, en tanto la organización criminal es una categoría jurídica que implica interpretación, la misma que parte de una pluralidad de agentes, por ende, al ser este un dato fáctico objetivo estuvo siempre en la discusión del caso y, por tanto, la desvinculación no afecta el derecho de defensa y mucho menos el de legalidad.

SÉPTIMO. En cuanto a la determinación del *quantum* de la pena impuesta al procesado Rodríguez Romero, si bien se ha efectuado la desvinculación del tipo penal ello no amerita modificar la pena, pues ambas agravantes se encuentran tipificadas en el artículo doscientos noventa y siete, inciso seis, del Código Penal.

En cuanto a las penas conjuntas de días multa e inhabilitación, pese a que la determinación de tales penas no fueron objeto de recurso; por favorabilidad, deben ser objeto de pronunciamiento, dado a que deben guardar proporcionalidad y razonabilidad con el *quantum* de la pena privativa de la libertad impuesta, en tanto si se pone pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta el mínimo legal, es obvio que las otras penas principales deben de estar sujetas a la misma consideración.

Que en el caso de la inhabilitación ha de tenerse en cuenta el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, así como el artículo treinta y ocho del mismo cuerpo legal, el cual establece que la inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años. Por lo tanto, si la pena principal impuesta está dentro del mínimo legal, le corresponde una dimensión menor a los dos años de pena de inhabilitación impuesta, y por ello resulta procedente modificarla y rebajarla a un año de inhabilitación.

En lo referente a la pena de días multa, además de lo antes señalado –relación proporcional con la extensión de la pena privativa de libertad impuesta–, en aplicación al artículo cuarenta y uno del Código Penal, la pena de multa es una sanción pecuniaria que se traduce en la afectación del patrimonio (rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza) de la condenada, cuyo importe se determina en dinero y este, a su vez, en días-multa. En el presente caso, la sentencia impugnada le impuso al encausado trescientos sesenta días multa, por lo que teniendo en consideración la proporcionalidad con el *quantum* de la pena privativa de la libertad impuesta y los escasos recursos del procesado, corresponde rebajarla por debajo del mínimo, obteniéndose como resultado para el caso en concreto ciento ochenta días multa, a razón del veinticinco por ciento de sus ingresos diarios.

OCTAVO. Que dada la gravedad de los hechos incriminados, la extensión del daño causado y teniendo en consideración que el procesado Ulises Guadalupe Rodríguez Romero –de nacionalidad mexicana–, tiene procesos pendientes en los Estados Unidos Mexicanos, tal como se aprecia del informe remitido por la Subdirección de Asistencia Jurídica de los Estados Unidos Mexicanos, obrante a folios seiscientos veinticinco, y el reporte de la Organización Internacional de la Policía Criminal-INTERPOL México, obrante a folios seiscientos

treinta y siete y setecientos ochenta y tres, por los delitos contra el Patrimonio y contra la Seguridad en los medios informáticos y magnéticos, en la modalidad de transeúnte y fraude; por el delito de violación a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en la modalidad de portación de arma de fuego sin licencia; por el delito de violación a la Ley de arma de fuego sin licencia contando con un registro positivo correspondiente a una orden de reaprehensión igente emitida por el Cuarto Juzgado Distrital de Guadalajara-Jalisco en el año dos mil nueve, corresponde confirmar la expulsión del país del sentenciado de nacionalidad mexicana Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, una vez cumplida la condena, y prohibir su reingreso al territorio de la República del Perú.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad, en parte, con el dictamen del Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **I. NO HABER NULIDAD** contra la sentencia de fojas setecientos noventa y siete, de fecha tres de junio de dos mil catorce, en el extremo que condenó a Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, como autor del delito contra la Salud Pública-tráfico ilícito de drogas agravado, en perjuicio del Estado, a quince años de pena privativa de libertad efectiva. **II. HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo, que les impuso trescientos sesenta días multa a razón del veinticinco por ciento de sus ingresos diarios e inhabilitación por el término de dos años; **REFORMÁNDOLA,** le impusieron a Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, ciento ochenta días multa, a razón del veinticinco por ciento de sus ingresos diarios e inhabilitación por el término de un año. **III. NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia, en cuanto ordenan la expulsión del país del sentenciado, de nacionalidad mexicana, Ulises Guadalupe Rodríguez Romero, una vez cumplida la condena y prohíbe su reingreso al territorio de la República del Perú. I**V. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta Sede Supre

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAG

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARA

PRÍNCIPE TRUJILL

LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SALAS ARENAS, EN CUANTO A: 1) LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN EN FORMA PROPORCIONAL A LA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD FIJADA. 2) EL IMPACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS PENAS DE MULTA E INHABILITACIÓN, ES COMO SIGUE:

Lima, ocho de septiembre de dos mil quince.

DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

La proporcionalidad de las dimensiones o magnitudes importa la: "Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí" (concepto de *proporcionalidad* según la Real Academia Española), y en virtud a tal principio el *quantum* fijado sobre la base de criterios objetivos debe expresar el sentido de que a una mayor o menor gravedad debe corresponder una mayor o menor pena, de tal forma que si se determinara la privación de libertad en su extremo mínimo, las copenalidades de multa e inhabilitación deberán, en rincipio, ser fijadas también en sus extremos mínimos. Constatada la presencia de desproporción, procede la corrección tomando como base la pena privativa de libertad impuesta respecto de su mínimo legal o, en su caso, del extremo máximo onminado, teniendo siempre en cuenta el principio de *non reformatio in peius*.

IMPOSICIÓN DE LA PENA DE MULTA E INHABILITACIÓN EN FORMA PROPORCIONAL A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

ENCAUSADO	PENAS EN SU EXTREMO MÍNIMO	IMPOSICIÓN SEGÚN SENTENCIA	IMPOSICIÓN SEGÚN EJECUTORIA (MAYORÍA)	IMPOSICIÓN EN FORMA PROPORCIONAL
ULISES GUADALUPE RODRÍGUEZ ROMERO	15 AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	15 AÑOS	15 AÑOS	15 AÑOS
	180 DÍAS MULTA	360 DÍAS MULTA	180 DÍAS MULTA	180 DÍAS MULTA
	6 MESES DE INHABILITACIÓN	2 AÑOS	1 AÑO	6 MESES

En el presente caso, se aprecia que la pena de inhabilitación no está en proporción a la pena privativa de libertad impuesta.

DEL IMPACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PENA DE MULTA

1. En el análisis interpretativo del sentido del artículo cuarenta y siete, del Código Penal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) El primer párrafo, del citado dispositivo legal, no hace sino establecer que la privación de la libertad, decidida intraproceso penal, al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para el descuento del *quantum* de la pena que se fijará en el estadio resolutivo del proceso penal; de tal forma que incide a razón de un día de prisión preventiva por un día de pena privativa de libertad.

ii) Por mandato del segundo párrafo, del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y, en su caso, cancelatorios, sobre la pena de multa, conforme con lo estipulado en dicha norma: "Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas, por cada día de detención".

iii) El reconocimiento legal de las consecuencias reduccionistas de la privación preventiva de libertad (en realidad compensatorios), debe surtir efectos aun cuando la pena privativa de libertad se fijase como suspendida de efectividad; y a partir del principio de legalidad, se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos, parcial o totalmente, cancelatorios en la pena de multa que los jueces deben observar descontando lo pertinente o, de corresponder, darla por cumplida (esto es, compurgada).

2. En consecuencia, en el presente caso, el encausado honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia) la dimensión temporal de inhabilitación y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad), conforme con el cuadro ilustrativo siguiente:

CÓMPUTO DE LA PENA DE MULTA E INHABILITACIÓN AL AMPARO DEL SEGUNDO PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 47, DEL CÓDIGO PENAL						
ENCAUSADO	FECHA DE DETENCIÓN	SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	DÍAS DE DETENCIÓN (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)	IMPOSICIÓN CONCRETA PENA DE MULTA	APLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRR., ART. 47, C. P. (1 X 2[1])	ESTADO DE CUMPLIMIENTO
ULISES GUADALUPE RODRÍGUEZ ROMERO	7 DE MARZO DE 2014	3 DE JUNIO DE 2014	88 DÍAS DE DETENCIÓN	MULTA 180 DÍAS MULTA	180 ÷ 2 = 90 división de los días multa. Dimensión mayor que 88 días de detención.	FALTA POR PAGAR 2 DÍAS MULTA
				INHABILITACIÓN 1 AÑO (equivale a 365 días)	365 ÷ 2 = 182 división de los días multa. Dimensión mayor que 88 días de detención.	FALTA POR CUMPLIR 100 DÍAS DE INHABILITACIÓN

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, **MI VOTO** es porque se declare: **I. HABER NULIDAD** en cuanto al plazo de la pena de inhabilitación impuesta, **REFORMÁNDOLA. IMPONER** seis meses de inhabilitación. **II.** Se declaren compensadas, en parte, las penas de multa e inhabilitación impuestas a don Ulises Guadalupe Rodríguez Romero; y se dev[illegible]

S. S.

SALAS ARENAS

[1] Se llega al mismo resultado en caso se duplique el plazo de privación provisional para restarlo de las sanciones de multa e inhabilitación impuestas.

R.N. N° 3424-2013-JUNIN
Desvinculación Procesal

Desvinculación procesal
Sumilla. Para que se configure la desvinculación procesal deben concurrir los siguientes presupuestos: a) la homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y las pruebas; c) preservación del derecho de defensa; d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y, e) la favorabilidad.

Lima, ocho de junio de dos mil quince.

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el presentante del Ministerio Público, contra la sentencia de fecha diecinueve de junio de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 516, que declaró la desvinculación del tipo penal contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, al delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor de catorce años; que condenó a Helier Jafet Fernández Rosas como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor, en agravio de la menor identificada con las iniciales T. E. Q. L., a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de dos años bajo determinadas reglas de conducta; fijaron en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que el sentenciado deberá abonar a favor de la menor agraviada. Interviene como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

PRIMERO. AGRAVIOS FORMULADOS

El represente del Ministerio Público, al fundamentar sus agravios, de fojas 549, sostiene que la desvinculación llevada a cabo es incorrecta pues el delito de violación sexual de menor de edad se encuentra debidamente acreditado con la sindicación de la menor agraviada,

quien señaló que el procesado introdujo su dedo en su vagina causándole dolor para luego pretender lo mismo con su pene y que ante hecho desesperadamente lo que generó que el e causado la soltara y huya de la vivienda; que el Certificado Médico L gal expedido el diez de setiembre de dos mil ocho (tres días después de ocurridos los hechos) concluyó no desfloración pero si escoriación reciente en la región por encima del meato urinario, lesión que fue producida por frotamiento y no porque la menor arrastrara su vagina sobre una superficie rugosa.

SEGUNDO. TÉRMINOS DE LA IMPUTACIÓN

Conforme fluye de la acusación fiscal, de fojas 268, se atribuye al encausado Helier Jafet Fernández Rosas haber agredido sexualmente a la menor identificada con iniciales T. E. Q. L. de siete años de edad; que dicha agresión ocurrió el siete de setiembre de dos mil ocho a horas diecinueve y treinta cuando el procesado Fernández Rosas ingresó inesperadamente al domicilio de la menor –ubicado en el Sector de Juan Velasco Alvarado, en Villa Perené– cuando no se encontraban los padres. Ya en el interior de la vivienda el procesado jaló a la menor al interior de una habitación, le tapó la boca con su mano para que no gritara, la despojó de sus prendas de vestir, introdujo su dedo en el interior de su vagina y luego la echó sobre la cama, le separó las piernas, poniéndola en posición ginecológica, se puso encima de ella e intentó introducir su pene en el interior de su vagina, segundo hecho que no fue consumado porque la menor comenzó a gritar desesperadamente pidiendo auxilio a su vecinos, instantes en que el procesado se vistió y huyó del lugar.

TERCERO. ANÁLISIS DEL CASO

3.1. Que a fin de emitir un correcto pronunciamiento corresponde en primer lugar examinar la sentencia recurrida en lo que se refiere a la desvinculación del tipo penal de violación sexual de menor de edad. Al respecto, debe tomarse en cuenta que el Acuerdo Plenario de las Salas enales de la Corte Suprema de Justicia de la República número cuatro g ion dos mil siete, referido a la desvinculación procesal prevista en el rtículo doscientos ochenta y cinco guion A del Código de Procedimientos Penales, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, estableció que si bien es inmutable el hecho punible imputado por el señor Fiscal Superior en la acusación escrita, es posible que el Tribunal de Instancia, de oficio pueda introducir al debate una nueva calificación jurídica del hecho incriminado, para lo cual deben concurrir los siguientes presupuestos: a) La homogeneidad del bien jurídico tutelado. b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas. c) Preservación del derecho de defensa. d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. e) La favorabilidad; y si bien la regla general es que el Tribunal de Mérito indique a las partes, específicamente a los acusados, la tesis de desvinculación, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que estos pueden solicitar la suspensión de la audiencia e incluso tienen el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba, concretándose así el principio de contradicción como sustento del derecho a conocer previamente los cargos y el ejercicio de su derecho de defensa; sin embargo, el Acuerdo Plenario en referencia mbién autoriza al Tribunal a realizar la desvinculación, aun sin que se haya planteado la tesis desvinculatoria, cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación; es decir, al advertirse que existe un error en la subsunción normativa realizada por el Ministerio Público.

3.2. Que, en este orden de ideas, en atención a que la desvinculación fue realizada el emitirse sentencia, corresponde determinar si el Tribunal de Instancia hizo bien en plantear la tesis desvinculatoria del delito de violación sexual –sustentado por el señor Fiscal Superior en su acusación escrita y en su requisitoria oral– por el de actos contra el pudor, para lo

cual deberá constatarse si existe una incorrección en la tipificación propuesta por el Ministerio Público; para ello, debe tomarse en cuenta que el delito de violación sexual se configura con el acceso carnal sexual, esto es, cuando se produce la introducción o penetración del miembro viril, otra parte del cuerpo u objetos, en la cavidad vaginal, bucal o anal de la víctima, sin ser necesario que la penetración o introducción sea completa o incompleta.

3.3. Se advierte con claridad que la tesis fáctica expuesta por el Ministerio Público atribuye al encausado Helier Jafet Fernández Rosas, haber agredido sexualmente (violación sexual) a la menor identificada con iniciales T. E. Q. L. de siete años de edad, hechos que de modo alguno pueden subsumirse en el delito de actos contra el pudor, previsto en el artículo 176-A, inciso dos, el cual sanciona a quien, sin propósito de tener acceso carnal, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.

3.4. En el presente caso, el Ministerio Público, al fundamentar sus agravios, sostiene que la desvinculación sostenida por el Colegiado Superior es incorrecta puesto que la hipótesis fáctica planteada en su escrito de acusación de fojas 268 se encuentra debidamente acreditado con la sindicación de la menor y el Certificado Médico Legal que constata la agresión sufrida; en este sentido, se advierte que del estudio y análisis integral del caudal probatorio obrante en autos evidencia que los cargos atribuidos al encausado Helier Jafet Fernández Rosas se condicen con la declaración preliminar brindada por la menor el mismo día de los hechos, de fojas 07, quien sindicó al procesado como la persona que la agredió sexualmente, versión que es ratificada a nivel de instrucción, de fojas 71, al señalar que el día de los hechos, luego de que el encausado ingresó a su casa, la jaló hasta la cama, bajó su pantalón y calzón, le tapó la boca, metió su dedo por donde orina y le produjo dolor, incriminación confirmada a su vez con la diligencia de reconocimiento llevada a cabo por la menor, de fojas 20, por medio del cual reconoce al encausado Helier Jafet Fernández Rosas como la persona que la violentó sexualmente; con el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 002093-2008-PSC practicada a la menor agraviada, fojas 91, en la que relata de manera coherente la forma cómo sucedieron los hechos, reconociendo al procesado como su agresor y en la que se concluyó que la menor presenta perturbaciones emocionales y reacción ansiosa situacional compatible con estresor de tipo sexual; pericia ratificada, conforme se verifica, a fojas 203, en la que se indica que los efectos emocionales de los hechos se han agudizado por las mismas circunstancias de la investigación; y con la evaluación psiquiátrica practicada a la menor agraviada el 22 de mayo de 2013, en la que reafirma su versión incriminatoria y que en una de las conclusiones se afirma que la menor presenta ansiedad moderada por recibir agresión psicosexual.

3.5. Además de la sindicación persistente, obra en autos el reconocimiento médico legal N.° 002085-IS practicado a la menor agraviada tres días después de ocurridos los hechos, el diez de etiembre de dos mil ocho, fojas 18, en la que se deja constancia de las escoriaciones sufridas por encima de meato urinario –orificio en forma de hendidura por el cual desemboca la uretra hacia el exterior u orificio por el cual sale la orina– y se dispone atención facultativa de un día por siete días de incapacidad médico legal, instrumental debidamente ratificada a fojas 145, en la que se precisa que las lesiones ocasionadas a la menor fueron a causa de frotamientos y que según la explicación brindada por el médico legista Rolando Gálvez Camargo sostiene que por la región del meato urinario se encontró una lesión que tenía un pequeño sangrado, lo que evidencia que los actos realizados por el inculpado no se subsumen en el delito de actos contra el pudor sino en el de violación sexual; de ahí que es de recibo el agravio del fiscal superior, no afectando con ello el derecho de defensa del encausado

ende, la conducta del inculpado se subsume en lo previsto en el inciso uno, del artículo 173, del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, vigente al momento de los hechos.

3.6. Que delimitado el comportamiento ilícito del encausado a efectos de determinar la consecuencia jurídica penal aplicable, es pertinente señalar que nuestro Código Penal preve como pena única aplicable la de cadena perpetua y en el presente no surge circunstancia alguna que permita reducir la pena; el encausado quebrantó una norma prohibitiva estando en capacidad de motivarse conforme con el mandato emitido y tiene grado de instrucción de educación secundaria, y si bien carece de antecedentes penales y judiciales el desvalor de su conducta que afecta a la indemnidad sexual de una niña de siete años ocasionándole graves secuelas psíquicas, que incidirán en el desarrollo de su personalidad y en su proyecto de vida, le hacen merecedor de tan grave sanción.

3.7. En consideración de lo precedentemente expuesto, es evidente que el juicio de tipicidad llevado a cabo por el Colegiado Superior es incorrecto, puesto que la actuación probatoria evidencia que los hechos imputados se subsumen en el tipo penal imputado; esto es, al delito de violación sexual de menor de edad; siendo ello así, este Colegiado Supremo tiene certeza en grado de convicción de la responsabilidad del encausado Helier Jafet Fernández Rosas por los hechos que se le imputan; por lo que la sentencia recurrida no ha sido expedida conforme a Ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I) HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diecinueve de junio de dos mil trece, expedida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced, de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 516, que declaró la desvinculación del tipo penal contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, al delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor de catorce años; que condenó a Helier Jafet Fernández Rosas como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de actos contra el pudor, en agravio de la menor identificada con las iniciales T. E. Q. L., a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de dos años bajo determinadas reglas de conducta; **REFORMÁNDOLA**, condenaron a Helier Jafet Fernández Rosas como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales T. E. Q. L., y como tal impusieron la pena de cadena perpetua; **ORDENARON** se cursen los oficios respectivos para su inmediata ubicación y captura del encausado Helier Jafet Fernández R as; y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

R.N. N° 2160-2015-LIMA
Desvinculación del Órgano Jurisdiccional

Sumilla. La desvinculación del delito de robo con circunstancias agravantes al tipo penal de lesiones graves no importó una modificación sustancial de los hechos, tampoco se afectó el derecho de defensa pues el propio imputado aceptó haber causado las lesiones al agraviado.

Lima, siete de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado MARTÍN PADILLA LOPERA contra la sentencia de fojas trescientos nueve, de seis de mayo de dos mil quince, que lo condenó como autor del delito de lesiones graves en agravio de José Rafael Buendía Chirinos a seis años de pena privativa de libertad y al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.
Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el encausado Padilla Lopera en su recurso formalizado de fojas trescientos veinte insta la absolución de los cargos. Alega que el Fiscal formuló acusación por delito de robo con agravantes, mientras que por el delito de lesiones graves se sobreseyó la causa; que no fue correcto cambiar la tipificación del delito porque se afecta el principio de congruencia y el derecho de defensa.

SEGUNDO. Que el extremo acusatorio del dictamen fiscal de fojas doscientos veintidós, subsanado a fojas doscientos treinta y ocho, dio cuenta de un incidente ocurrido entre imputado y agraviado, vecinos ambos, a consecuencia de lo cual el primero agredió al agraviado con una botella de vidrio en el rostro y se apoderó de su reloj. La sentencia recurrida, en cambio, no estimó probada la sustracción de bien alguno y la utilización de la violencia física como medio comisivo, y concluyó que se trató de una pelea y ulterior agresión por el imputado Padilla Lopera, quien ocasionó al agraviado Buendía Chirinos una lesión grave en el rostro –desfiguración del mismo–.

TERCERO. Que tanto el imputado en su defensa material [fojas ciento treinta y dos y doscientos sesenta y cuatro] como su defensor en el alegato oral de fojas trescientos dos vuelta señalaron que el incid

dio como resultado una lesión al agraviado y que no se trató de un robo, luego, no es posible denunciar la vulneración del principio de contradicción porque este punto fue expresamente planteado como pretensión defensiva. De otro lado, tampoco existe vulneración del principio acusatorio porque el delito de robo con agravantes –haber ocasionado una lesión grave a la víctima– es pluriofensivo y, precisamente, uno de los bienes jurídicos lesionados es la integridad personal, consecuentemente, desvincularse del robo para adecuar típicamente el hecho probado al delito de lesiones graves, que importa una degradación de los hechos sin variar en lo esencial la línea de ejecución de la conducta atribuida al imputado, no altera la congruencia procesal.

CUARTO. Que, en estos casos, precisamente por la posición defensiva del imputado, no es de recibo plantear la tesis y promover un debate autónomo acerca de una desvinculación del robo con agravantes al delito de lesiones graves.
Asimismo, es verdad que por auto de fojas doscientos cuarenta y nueve, de veintiséis de noviembre de dos mil catorce, se sobreseyó la causa por delito de lesiones graves, pero tal situación se debió a un lineamiento exclusivamente técnico: no se negó el hecho de las lesiones sufridas por el agraviado, por lo que estimar, al finalizar la causa, que no medió una sustracción y que las lesiones realmente existentes no fueron mediales en relación al robo, en modo alguno vulnera el principio de *no bis in idem*, en tanto presupuesto negativo de la cosa juzgada.

QUINTO. Que cabe enfatizar, con arreglo a las pericias médico legales de fojas catorce y quince, que las lesiones cortantes que sufrió el agravio en el párpado izquierdo le desfiguraron el rostro, lo que se aprecia con la fotografía de fojas veintidós.
El recurso defensivo debe desestimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos nueve, de seis de mayo de dos mil quince, que condenó a MARTÍN PADILLA LOPERA como autor del delito de lesiones graves en agravio de José Rafael Buendía Chirinos a seis años de pena privativa de libertad y al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para que se proceda por ante el órgano judicial competente a la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.
S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVA

RADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS

PRIMERO. Mediante auto de veintidós de marzo de dos mil once (folios cuarenta y dos a cuarenta y cinco), se abrió instrucción contra don Martín Padilla Lopera, por la comisión de los delitos de robo agravado y lesiones graves en perjuicio de don José Rafael Buendía Chirinos, posteriormente mediante dictamen diecisiete guion dos mil catorce (folio ciento ochenta y seis), el señor representante del Ministerio Público, solicitó la adecuación de los hechos al subtipo penal de robo con las circunstancias agravantes de nocturnidad, con el empleo de arma, pluralidad de agentes y por ocasionar lesiones a la víctima (artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal concordado con los incisos dos, tres y cuatro primer párrafo y el inciso uno del segundo párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve), dando lugar al pronunciamiento judicial de adecuación de siete de marzo de dos mil catorce (folios ciento noventa y siete y ciento noventa y ocho), y el posterior auto de corrección (folio doscientos quince), siendo subsumidos los hechos atribuidos al recurrente en el delito de robo agravado.

SEGUNDO. Mediante dictamen número trescientos setenta y tres guion dos mil catorce (folios doscientos veintidós a doscientos veinticinco), y dictamen número quinientos cuarenta y ocho guion dos mil catorce (folios doscientos treinta y ocho y doscientos treinta y nueve), el titular de la acción penal acusó al procesado por la comisión del tipo penal de robo agravado y consideró que no había mérito para pasar a juicio por la comisión del delito de lesiones graves, por lo que solicitó sea sobreseída la causa en ese extremo, dando lugar al pronunciamiento de los señores magistrados de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel mediante la resolución de veintiséis de noviembre de dos mil catorce (folios doscientos cuarenta y nueve a doscientos cincuenta y vuelta), declarándose archivada definitivamente la causa por el delito de lesiones graves, anulando los antecedentes policiales y judiciales generados en ese extremo.

TERCERO. El pronunciamiento emitido ante el pedido fiscal no tiene un supuesto de hecho atribuido, puesto que las lesiones fueron subsumidas en el delito de robo agravado mediante adecuación, esto es, se archivó el *nomen iuris* del supuesto de hecho y no el hecho, esa mala práctica, esto es, emitir un pronunciamiento de archivo o absolución como mecanismo de saneamiento, crea paradojas y la sensación de incongruencia o lesión al principio "*ne bis in ídem*"; en estos casos, no cabe un pronunciamiento de archivo o absolución, sino declarar que los hechos se adecúan al tipo correspondiente o diferir el pronunciamiento hasta la emisión de la sentencia.

S. S.

SALAS ARENAS

R.N. N° 664-2015-ANCASH
Desvinculación de Tipo Penal

Desvinculación del tipo penal

Sumilla. Al recalificar el hecho delictuoso el Colegiado no valoró adecuadamente las pruebas aportadas en autos, por lo cual realizó una indebida interpretación de los alcances del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales.

Lima, veintiuno de julio de dos mil dieciséis

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos diecisiete, del treinta de enero de dos mil quince. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

Primero. El representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado de fojas quinientos cuarenta y cuatro, afirma que el Colegiado desvinculó de la acusación fiscal sobre la base del artículo doscientos ochenta y cinco-A, del Código de Procedimientos Penales, para sentenciar al acusado por actos contra el pudor en menores de catorce años, previsto en el artículo ciento setenta y seis-A, del Código Penal, a diez años de pena privativa de libertad, para lo cual realizó una valoración restringida de los medios probatorios que fueron incorporados en el debate oral; que no consideró que en los certificados médicos de ambos menores se concluye actos contranatura antiguo, y si bien el certificado médico del menor de iniciales J. F. L. C. no concuerda con el resultado, debiendo ser reciente y no antiguo, ello se debió a las agresiones sexuales de las que fue objeto por parte del acusado, cuya vinculación se da por la sindicación

persistente y espontánea del menor; y respecto al menor de iniciales R. V. M. C. su custodia la tiene el acusado, debido a que la madre del menor se fue a Chile, y este era el encargado de asearlo, por lo que no se podría imputar a otra persona. Existe motivo y prueba fundada para que el acusado sea merecedor de la pena solicitada por el representante del Ministerio Público en su acusación fiscal, como es de dena perpetua, en mérito a la prueba indiciaria.

Se undo. En la acusación fiscal, de fojas doscientos ochenta y uno, se imputa al procesado Walter Víctor Mendoza Flores, que el veintiocho de abril de dos mil ocho, aproximadamente a las siete de la noche, cuando el menor agraviado de iniciales J. F. L. C. jugaba por las cercanías de su domicilio, ubicado en la avenida Independencia s/n, Barrio de Cascapampa, en el distrito de Independencia, provincia de Huaraz, llamó al niño y lo condujo al interior de su casa, a lo cual accedió el niño sin oponer resistencia, dado que lo conocía por ser vecinos del mismo lugar. Este llevó al niño directamente a su cuarto. pasando por su taller de carpintería que allí también funciona, donde le hizo bajar su pantalón y acostarse luego en su cama, para echarse encima de este y cogerle su pene al niño para frotárselo y movérselo; luego de esto, el acusado colocó al menor en posición decúbito ventral, le separó sus piernas y le introdujo su pene por el ano, lo cual le causó mucho dolor, al punto de hacerlo llorar. En ese momento el acusado suelta al menor, al escuchar que su padre lo llamaba desde la carpintería, por lo que le subió su ropa y le dijo que salga del lugar. El acusado le había ofrecido una moneda de un sol si es que se dejaba bajar su pantalón.

Se imputa, además, al acusado Walter Víctor Mendoza Flores, padre biológico del menor agraviado de iniciales R. V. M. C., que conforme con el certificado médico legal que obra en autos, presenta signos de actos contranatura antiguo, pese a que el menor refiere no haber sido víctima de maltrato sexual y que en enero del año dos mil ocho una persona le habría pateado en su ano, lo cual le produjo un fuerte dolor, pero no sangró, lo cual debe tomarse solo como un argumento exculpatorio de su padre, puesto que de la entrevista personal y referencia se evidencia que este le teme mucho a su progenitor, tal como lo corrobora el informe psicológico donde se señala nítidamente que el niño ostenta comportamiento y actitud, coaccionado por parte de la figura paterna al temor de represalias o pérdida de cariño del mismo, en razón del presunto abuso sexual expone gran ansiedad, temor y limitación en sus emociones hacia su padre, convirtiéndose en somática (sin control de esfínteres); cabe resaltar que estos hechos en agravio de su propio hijo, también se han producido por última vez, en la misma fecha, veintiocho de abril de dos mil ocho, cuando tenía diez años y diez meses de edad, fecha en que también se realizó la violación sexual contra el otro menor agraviado, siendo que éste último R. V. M. C. habría presenciado dicho acto ilícito.

Tercero. En el presente caso, el ámbito materia de pronunciamiento se circunscribe al cuestionamiento del representante del Ministerio Público, en relación con la desvinculación que realiza el Colegiado en la sentencia recurrida; es decir, que varía la tipificación del delito contra la libertad sexual-violación de la libertad sexual de menor de edad. previsto en los incisos uno y dos. del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal; concordante con el último párrafo, del acotado Código, al delito de actos contra el pudor en menores indicado en los incisos uno y tres, del artículo ciento setenta y seis-A, del Código Penal.

Cuarto. Que de la revisión y análisis de los actuados se advierte como elemento de cargo la sindicación efectuada por el Fiscal Superior Penal -ver acusación fiscal de fojas doscientos ochenta y uno-, donde señaló que Walter Víctor Mendoza Flores violentó sexualmente a los menores de iniciales J. F. L. C. y R. V. M. C., de cinco y diez años de edad, respectivamente, siendo él último indicado el menor hijo del procesado, habiéndose formulado acusación sustancial contra el mismo por el delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, en perjuicio de los menores antes citados, ilícito penal previsto en los incisos uno y dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, concordante con el último párrafo del acotado Código, de tal forma que el Tribunal de Instancia declaró haber mérito para pasar a juicio oral contra el acusado por dicho ilícito, según resolución de fojas doscientos noventa y cuatro, del seis de noviembre de dos mil nueve.

Quinto. Que a pesar de lo anteriormente señalado, el Colegiado, al expedir la sentencia recurrida señaló para que proceda la desvinculación [véase el punto IV, Teoría de desvinculación]: "[...] 4.2. Que, de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el proceso, se advierte que no se ha acreditado categóricamente la responsabilidad del procesado Walter Víctor Mendoza Flores respecto al delito de violación sexual, ya que si bien es cierto por el mérito del certificado médico legal número cero cero mil ciento ochenta y siete-CLS, practicado al menor agraviado de iniciales J. F. L. C. (...), así como del certificado médico legal número cero cero mil ochocientos treinta y uno-CLS, practicado al menor de iniciales R. V. M. C. [...], se ha establecido que los menores, al ser sometidos al examen médico, presentaban evidencias físicas de "signos de acto contranatura antiguo", también lo es que estando a la incriminación de menor de iniciales J. F. L. C., así como la fecha de la presunta comisión de los hechos y contrastado con la data de realizado dicho examen, debería haberse producido en todo caso a los menores agraviados, signos de acto contranatura reciente y otras evidencias de mayor trascendencia física dada la minoría de edad de las víctimas [...]; que, sin embargo, se ha establecido que el procesado Walter Víctor Mendoza Flores, ha efectuado tocamientos en los órganos genitales de los menores agraviados, lo que se halla corroborado con las pruebas actuadas en autos, de modo que corresponde adecuar correctamente la conducta incriminada y que configuran el delito de actos contra el pudor de menores, previsto en los incisos uno y tres, del artículo ciento setenta y seis-A, del Código Penal, concordado con su último párrafo [...]. Deviene en coherente así la aplicación al caso del criterio de determinación alternativa, ahora principio de desvinculación de la acusación fiscal: ya que concurren sus presupuestos, como son: a) Homogeneidad del bien jurídico. b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas. c) Preservación del derecho de defensa. d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo; sobre la base de lo antes citado se desvinculó de la calificación jurídica del delito de violación sexual de menor de edad al delito de actos contra el pudor, imponiéndole al acusado diez años de pena privativa de libertad en perjuicio de los menores con iniciales J. F. L. C. y R. V. M. C.

Sexto. Que, siendo así, la Sala Penal Superior, al emitir la sentencia recurrida, no ponderó:

i) En cuanto al menor de iniciales J. F. L. C., de cinco años de edad, el protocolo de pericia psicológica número cero diez-dos mil ocho-PSC, practicado al menor de iniciales J. F. L. C., por los psicólogos forenses Iris

Angélica Tamariz Béjar y Giovani Richard Azaña Sal y Rosas [fojas quince], donde concluyen que el menor presenta reacción ansiosa compatible con estresor de tipo sexual; así como sus referenciales brindadas en presencia del representante del Ministerio Público [fojas ocho y treinta y nueve] y ante los peritos psicólogos [fojas quince], donde narra la forma como fue ultrajado sexualmente por parte del acusado; asimismo, no valoró la declaración del propio acusado Walter Víctor Mendoza Flores efectuada en presencia del representante del Ministerio Público, el veintiocho de mayo de dos mil ocho [fojas sesenta], cuando aceptó que se bajó el pantalón al igual que los menores agraviados y que los tres estaban en la cama; cuando de las fotografías que se adjuntan al proceso se observa que antes de ingresar al dormitorio hay una sala donde hay muebles, por lo cual no había necesidad de hacer ingresar al menor a su habitación si, como afirma, solo quería enseñarle a frotarse el pene a manera de consejo, lo cual fue el inicio del ultraje sexual.

ii) Respecto al menor de iniciales R. V. M. C., de diez años de edad, la transcripción del informe médico remitido por el doctor Rubén Villacaqui, Director Ejecutivo del Hospital de Apoyo de Huaraz del Ministerio de Salud, quien transcribe el reconocimiento médico efectuado por los doctores Pedro Flores Zapata, médico asistente del Departamento de Cirugía, y Jovita Villanueva Palacios, médico asistente del Servicio de Gastroenterología del Hospital Víctor Ramos Guardia de Huaraz (fojas ciento ochenta y cinco, doscientos sesenta y tres), el cual señala que en la inspección anal practicada al menor indicado, al nueve de agosto de dos mil ocho, presenta pequeñas fisuras a horas seis; siendo el diagnóstico: Hipotonía anal, D/C: violación sexual; diagnóstico que concuerda con el certificado médico legal número cero cero mil ochocientos treinta y uno-CLS, que se le practicó el veinticinco de junio de dos mil ocho, por los médicos legistas Erika Gamboa Chacón Chacón y Vladimir Fernando Ordaya Montoya [fojas ciento cuarenta y seis, ratificado a fojas doscientos cuarenta y cinco], donde concluyen que el menor presenta signos de actos contranatura antiguo; así como sus declaraciones, ambas en presencia del representante del Ministerio Público [fojas ciento cincuenta y dos y ciento sesenta y seis] cuando afirma, en el acta de entrevista, que su papá a veces lo "molesta" y le pega cuando no hace su tarea, y que le tiene miedo porque lo "molesta" siempre; que su papá lo "molesta" porque le está gritando varias veces porque no hace la tarea; ante lo expresado por el menor, no existe razón alguna para que señale en todo momento que su papá "lo molesta", cuando a su vez señala que este también le pega y le grita por no hacer su tarea; y adiciona la palabra "siempre", es decir, que no solo lo "molesta" cuando el menor no solo no hace la tarea, sino que es con regularidad. Asimismo, si bien este menor en su referencial varió su declaración preliminar toda vez que en esta última el procesado le indicó lo que debía decir; sin embargo, no varió cuando se refirió a que su padre lo "molesta", palabra a la que le da una connotación distinta a gritar y pegar.

Séptimo. Es pertinente anotar que si bien los delitos sexuales por su índole son de comisión clandestina, secreta o encubierta, ello no quiere decir que se tenga como ineludible consecuencia la más absoluta impunidad en este tipo de delitos, sino que, de manera imperativa –a efectos de que la declaración de la víctima sirva de fundamento a una decisión judicial de condena– deben observarse los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario de las salas penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, de fecha treinta de septiembre de dos mil

cinco, el cual establece como requisitos que deben cumplir las sindicaciones de coacusados, testigos o agraviados, a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, los siguientes: i) ausencia de incredibilidad subjetiva, la que se conoce como carencia de móviles espurios que motiven una falsa sindicación; ii) verosimilitud, esto es, que la versión inculpatoria se encuentre corroborada con indicios periféricos de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria; y iii) persistencia razonable en la incriminación, tales requisitos se advierten en la declaración del menor de iniciales J. F. L. C., de cinco años de edad, que realizó tanto en la etapa policial como judicial.

Octavo. Que, en tal sentido, al recalificar el hecho delictuoso como delito de actos contra el pudor a favor del acusado Walter Victor Mendoza Flores se realizó una indebida interpretación de los alcances del artículo doscientos ochenta y cinco-A, del Código de Procedimientos Penales; por lo cual los fundamentos expuestos por el Fiscal Superior, en su recurso de nulidad, deben ser amparados.

Noveno. Por lo demás, revisado el tomo principal que se acompaña en el presente proceso, se aprecia que existen errores en la foliatura; es decir, que después del folio doscientos noventa y nueve se consigna el folio cuatrocientos en adelante, por lo que deberá corregirse por la Secretaría de la Sala Penal Superior.

Por estos fundamentos, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia de fojas quinientos diecisiete, del treinta de enero de dos mil quince, que condenó a Walter Víctor Mendoza Flores, como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor de menor, previsto en los incisos uno y tres del artículo ciento setenta y seis-A, del Código Penal, en perjuicio de los menores con iniciales J. F. L. C. y R. V. M. C., a diez años de pena privativa de libertad; reformándola: **CONDENARON** a Walter Víctor Mendoza Flores como autor del delito contra la libertad sexual-violación de la libertad sexual de menor de edad, previsto en los incisos uno y dos, del artículo ciento setenta y tres, del Código Penal, concordante con el último párrafo, del citado cuerpo de leyes, en perjuicio de los menores con iniciales J. F. L. C. y R. V. M. C., a cadena perpetua.

II. NO HABER NULIDAD con lo demás que contiene.

III. DISPONER que por Secretaría e la Sala Penal Superior se corrija la foliatura del tomo principal del expe iente, en atención a lo señalado en el fundamento jurídico noveno de esta Ejecutoria. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

R.N. N° 1261-2016-CALLAO
Desvinculación Procesal

Desvinculación procesal

Sumilla. La desvinculación es razonable: el tipo legal acusado es homogéneo con el tipo legal acusado y de menor entidad lesiva. El principio de contradicción no ha sido inobservado: entre el hurto y el robo solo existe un tema objetivo de utilización de medios lesivos, descartada en este caso.

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DEL CALLAO contra la sentencia de fojas doscientos treinta y tres, de veintitrés de diciembre de dos mil quince, que condenó a Yestín Estip Morán Simón como autor del delito de hurto con agravantes (artículos 185 y 186 numeral 2, primer parágrafo del Código Penal) en agravio de Pablo Pirca Cóndor a tres años de pena privativa de libertad efectiva y al pago de quinientos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.
Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas doscientos cuarenta y ocho, de siete de enero de dos mil dieciséis, instó la anulación de la sentencia por una defectuosa adecuación típica. Alega que se vulneró el principio de correlación entre acusación y sentencia; que la Sala no valoró debidamente las declaraciones del agraviado y de su hermana, en el sentido de que ejerció violencia e intimidación contra el primero para sustraerle sus bienes.

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el día once de marzo de dos mil doce, como a las dos horas, cuando el agraviado llegó a su domicilio, ubicado en la Manzana dos-R, Lote veintiocho, de la Urbanización Dulanto – Callao, el encausado Morán Simón y otros dos desconocidos se le acercaron y le arrebataron su billetera y el celular.

TERCERO. Que el agraviado en sede preliminar, sin fiscal, declaró que los delincuentes lo cogotearon y le quitaron su billetera y un celular, luego de lo cual huyeron [fojas siete]. La señora María Elena Pirca Cóndor, hermana de la víctima, en sede fiscal, señaló que se percató de la

presencia de tres individuos que se acercaron a su hermano, pero no vio el hecho mismo y fue su hermano quien le dijo que lo habían asaltado; además, acotó que cuando lo siguió e increpó la conducta del imputado, éste la empujó –los documentos, un día después de los hechos, fueron encontrados en el jardín de la madre del citado encausado– [fojas ochenta y cinco].

CUARTO. Que el acusado niega haber intervenido en el hecho, y que fueron sus amigos "Kukín" y "Peter" los que arrebataron el celular al agraviado; agrega que no los ayudó y solo se encargó de devolver el celular al agraviado [fojas ciento diecisiete y doscientos catorce].

QUINTO. Que es materia de discusión, no el atentado patrimonial en sí mismo, pues el imputado no impugnó el juicio de culpabilidad, sino si ese hecho se adecua al tipo legal de robo o de hurto, con agravantes. La versión del agraviado y su hermana no son suficientes para estimar que medió un acto violento, puesto que el agraviado no declaró con presencia del fiscal y no se presentó en sede jurisdiccional; y, su hermana no vio concretamente el acto del despojo patrimonial, por lo que la tipificación alternativa del Tribunal, al delito de hurto con agravantes, no tiene bases para anularla. La desvinculación es razonable –se trata de una degradación de los hechos, por descarte del ejercicio de violencia o amenazas–; el tipo legal acusado es homogéneo con el tipo legal acusado –identidad de bien jurídico– y de menor entidad lesiva. El principio de contradicción, precisamente por lo anterior, no ha sido inobservado: entre el hurto y el robo solo existe un tema objetivo de utilización de medios lesivos, descartada en este caso.
El recurso acusatorio debe desestimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos treinta y tres, de veintitrés de diciembre de dos mil quince, que condenó a Yestin Estip Morán Simón como autor del delito de hurto con agravantes (artículos 185 y 186 numeral 2, primer parágrafo del Código Penal) en agravio de Pablo Pirca Cóndor a tres años de pena privativa de libertad efectiva y al pago de quinientos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.

DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal Superior para que el órgano jurisdiccional competente proceda a la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.
S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

Recurso de Nulidad N° 1864-2019-Lima

LA DESVINCULACIÓN PROCESAL: De violación sexual de menor a actos contra el pudor de menor

1. La atribución delictiva que tuvo desde el origen como base la versión de la agraviada, empezó por tocamientos indebidos y luego, por violación y tocamientos.
2. En la resolución recurrida se consideró probado el delito de violación de menor. Sin embargo, las versiones de la propia agraviada, aunque son claras y persistentes en cuanto a la agresión en general, generan cierta duda en cuanto a la penetración parcial o total en concreto.
3. Así, los hechos probados se subsumen mínimamente —con respeto del principio del *in dubio pro reo* respecto al delito de violación de menor— al delito de actos contra el pudor de menor, no constituyendo ello una mutación sustancial del hecho punible imputado, pues no se exige una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, en tanto que el tribunal puede precisar aspectos fácticos atribuidos e incluidos en la imputación del Ministerio Público y que han sido materia de prueba y del contradictorio.
4. La desvinculación procesal resulta procedente, válida y necesaria. Se realiza en línea de lo más favorable a su situación jurídica en el caso concreto, por ende, no afecta ningún derecho del procesado recurrente, pues, no es exigible —en este caso— que la tesis de desvinculación sea postulada en el juicio, porque la nueva calificación jurídica es producto de una opción jurídica correcta en clave de garantía para él. No es que se haya descartado la penetración sexual, sino que surge la duda irrefragable al respecto, pero de lo que no existe duda es por lo menos de los tocamientos indebidos que constituye actos contra el pudor. El tipo penal es homogéneo al que se acusó, porque se protege el mismo bien jurídico.

Lima, nueve de diciembre de dos mil veintiuno

VISTO: el recurso de nulidad formulado por el sentenciado **Luis Enrique Fernández Saavedra**, contra la sentencia del doce de agosto de dos mil diecinueve (folios 603 a 611v). Dicha sentencia lo condenó como autor el delito de violación sexual de menor de edad (previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal), en perjuicio de la menor con las iniciales A. N. R. V., e impuso treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **Guerrero López.**

CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

De acuerdo a los Dictámenes Fiscales números 101-2015 y 324-2015 (folios 314 a 320 y 345 a 347, respectivamente), se imputa al procesado Luis Enrique Fernández Saavedra lo siguiente:

1.1. Un sábado del mes de febrero de 2011, luego de una reunión familiar en el que estuvo presente la agraviada, su tía Marisa Paola Valenzuela Campos le pidió que le haga compañía para pernoctar en su vivienda ubicada en la urbanización Mayorazgo-Distrito de Ate Vitarte. Al llegar, la menor se acostó en la misma cama con su tía. Horas más tardes cuando se encontraba durmiendo llegó el imputado (pareja sentimental de su tía), quien se acostó en medio de las dos. Después, empezó a tocar la vagina a la menor logrando despertarla, por lo que esta trató de rechazar el acto y logró quitar la mano, queriendo gritar, pero el encausado le indicó que no dijera nada. Al día siguiente, aprovechando que la tía había bajado al primer piso a preparar el desayuno, él se habría acercado nuevamente a la menor tocándole sus partes y proceder a bajarle sus prendas de vestir, subiéndose encima de ella llega a introducir parcialmente su miembro viril en la vagina de la víctima, quien reacciona empujándole y sintiendo un dolor fuerte en su zona íntima.

1.2. En el mes de junio o julio del mismo año, en el inmueble de su abuela ubicado en La Victoria, donde se quedaba la menor agraviada, el imputado subió al camarote de ella, la destapó y comenzó a manosearla, fue cuando la menor decide avisarle a su tía Guadalupe Valenzuela Campos de lo sucedido, quien le reclama y bota de la casa al encausado por lo referido. Estos tocamientos se habrían repetido en varias oportunidades, siendo que en una de ellas vio su padrastro y en otra oportunidad su abuelo Maurino Víctor Valenzuela, quien le dijo a la menor que no tuviera tanta confianza con su tío.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

El sentenciado Luis Enrique Fernández Saavedra al fundamentar el recurso de nulidad (folios 634 a 650), sostuvo que:

2.1. La resolución no consideró las contradicciones incurridas por la agraviada, tampoco valoró adecuadamente las testimoniales de los familiares directos de la agraviada, quienes refutan lo vertido por ella.

2.2. La pericia psicológica no es determinante para establecer la responsabilidad penal, dado que no puede reemplazar al cúmulo de pruebas que obran en autos, los cuales deben ser analizadas en su conjunto.

2.3. La evaluación del médico legista —en la data se señaló "refiere tocamientos"— y la evaluación psicológica practicadas a la agraviada, no pueden corroborar la imputación, pues de acuerdo a la incriminación de la menor esta no es sólida, existiendo en autos varias manifestaciones prestadas por ella que son contradictorias entre sí, debiendo haber sido el Colegiado más exhaustivo y coherente con la valoración de esa declaración.

2.4. Se valoró como persistente, coherente y sólida la incriminación de la agraviada, cuando esta se retractó de esa sindicación, siendo incoherente por cuando no precisó el lugar exacto del presunto hecho, así como las fechas de la comisión del ilícito penal en su contra. No es sólida dado que sus familiares directos han desmentido muchos de los pasajes y versiones de su incriminación, afectando la verosimilitud. Por tanto, no se cumple con el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/CJ-116.

2.5. La versión de la agraviada carece de toda credibilidad. Tanto en su declaración preventiva como en el plenario entró en serias contradicciones, máxime, si ante una pregunta por el Colegiado, respondió que solo le habría tocado los pechos y su vagina, le intentó violar, no recordando la hora ni fecha.

TERCERO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3.1. El principio de legalidad (previsto en el literal d, del inciso veinticuatro, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado) constituye, en un Estado de derecho, uno de los principales principios delimitadores del *ius puniendi*[1]; puesto que, al tener como base el aforismo *nullum crimen, nullum poena sine lege praevia,* expresa el sentido que nadie será sancionado penalmente por un delito que no estuvo previsto, como tal, en una ley con anterioridad al hecho imputado. De este modo, mediante este principio se garantiza uno de los derechos fundamentales de mayor importancia del ser humano: la libertad personal.

3.2. Asimismo, el referido principio establece que a un individuo se le atribuirá un determinado delito si el hecho imputado se subsume a la norma jurídico-penal que contiene esa figura delictiva, motivo por el cual, "el principio de legalidad encuentra su máximo esplendor en la teoría jurídica del delito[2], específicamente en la tipicidad"[3]. Ello es así porque en ese nivel de evaluación se realiza una función técnico–valorativa llevada a cabo por el juicio de tipicidad, donde el operador jurídico analizará si un comportamiento social se adecúa a un tipo penal (operación mental: proceso de adecuación valorativa conducta–tipo). Para ello, se debe advertir la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo[4].

CUARTO. ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO

4.1. De la actividad probatoria llevada a cabo con observancia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, se puede apreciar que la agraviada participó activamente en las tres etapas del proceso.

[1] Locución latina que significa derecho punitivo o sancionador.

[2] Dentro de esta teoría, la tipicidad implica la contrariedad con el orden normativo (del tipo), más no del orden jurídico, porque puede existir una causa de justificación que apruebe esa conducta. Por ello, la tipicidad constituye un supuesto indiciario de la antijuricidad. Ver en: Sentencia de Casación N.° 327-2017/SAN MARTÍN

[3] Así se estableció en los recursos de nulidad números 1908-2017/LIMA NORTE y 1645-2018/SANTA. El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal. Ver en: VILLAVICENCIO TERREROS. Felipe. *Derecho penal. Parte general.* Lima: Grijley, 2017, p. 90.

[4] En esa misma línea, el Recurso de Nulidad N.° 1645-2018/SANTA.

Se advierte de sus declaraciones diferentes versiones en cuanto a si el recurrente llegó o no a ultrajarla sexualmente. Así tenemos que:

a) Su primera versión la expuso en la evaluación psicológica (ver pericia de folio 60), donde narró cómo se habría suscitado los hechos. Aquí no indicó que el procesado llegó a realizarle el acceso carnal, se limitó a afirmar que hubo tocamientos y un intento de penetración, esto último no se concretó porque ella no se dejó. En función a esta versión, la perito concluyó que la agraviada presentaba "perturbación de sus emociones asociado a estresor sexual", relacionada a esos hechos.

b) Ese acto de no penetración y que solo hubo tocamientos, también se lo indicó a su madre, Patricia Esperanza Valenzuela Campos. Es por ese motivo que dicha testigo interpone la presente denuncia —por hechos referidos a tocamientos indebidos— (folios 17 a 20) y lo vuelve a señalar en el Informe Social (folios 7 a 8).

c) Asimismo, en el examen médico legal (ver certificado de folio 22), la menor volvió a señalar (ver apartado denominado "Data") que había sido víctima de actos contra el pudor; aunque, el certificado concluyó que presentaba "desfloración antigua". Igualmente, en la data es destacable sobre la primera relación sexual: "Niega".

d) Hasta el momento de la elaboración de esos elementos de convicción, la menor agraviada no había sindicado al recurrente como el agente que le realizó el acceso carnal —que detalló el certificado médico legal—, sino por tocamientos indebidos y así se inició este proceso mediante una denuncia de parte por ese delito.

e) Sin embargo, es recién en su declaración fiscal (folios 75 a 79) donde la agraviada cambia la versión de los hechos, indicando que el acusado sí llegó a introducir una parte de su miembro viril en su vagina. Se debe resaltar que ese nuevo dato fáctico lo señaló un año después de interpuesta la denuncia y cuando ya había pasado por el reconocimiento médico legal —el cual concluyó que ella ya había tenido una

experiencia sexual—, a pesar que en ese momento incriminó al recurrente por tocamientos indebidos.

f) A nivel judicial, la agraviada concurrió al juzgado a deponer su declaración preventiva (folios 265 a 268), donde realizó una retractación en su versión incriminatoria, señalando que los hechos antes narrados no se han suscitado, habiendo sindicado falsamente al acusado. Respecto a la "desfloración antigua" que advirtió el certificado médico legal, la menor señaló que fue porque tuvo relaciones sexuales consentidas con su enamorado en el colegio de su abuela Aurora Campos.

g) Por último, en el juicio oral la agraviada (folio 546) volvió a incriminar al recurrente. Sin embargo, aquí no fue contundente en señalar si el procesado llegó a penetrarla o no: En un **primer momento** de esa declaración señaló que cuando su tía Maritza salió del cuarto el acusado aprovechó para hacerle tocamientos en sus pechos por lo que ella se salió de la habitación (actos contra el pudor que también lo depuso en sus primeras versiones detalladas en la Pericia Psicológica N.° 059812-2011-PSC y Certificado Médico Legal N.° 059700-CLS, y así lo replicó su madre cuando interpuso la denuncia y en el Informe Social), pero en una **posterior respuesta** indicó que recuerda que no introdujo todo su pene, solo una parte (como también lo refirió en su declaración de folio 75). Sin embargo, la agraviada **terminó** su declaración señalando que no hubo penetración, solo tocamientos e intentó bajarle el short, pero no se dejó y se salió del cuarto. Al final de su declaración el colegiado insistió (folio 558 vuelta) preguntándole ¿Le introdujo o trató de quitarle su ropa?, a lo que ella respondió: El me agarró el short no me introdujo nada, porque ahora sé que es introducir todo, pero esa vez no fue todo; ¿cuántas veces ha realizado eso? Dijo: solo esa vez en La Molina. De lo que no existe duda es que ese día —como se puede verificar a lo largo de la presente resolución— mínimamente existieron tocamientos en agravio de la menor.

4.2. La Sala Superior al construir judicialmente la culpabilidad del recurrente, no realizó una debida valoración de las citadas versiones de la agraviada. Concluyó que esa versión incriminatoria fue sólida y uniforme, pero no realizó una evaluación sobre la concurrencia o no de alguna contradicción, especialmente sobre el dato fáctico que permitiría la configuración del delito materia de imputación, no siendo suficiente para la materialidad del delito de violación de menor de catorce años de edad el resultado del certificado médico legal. Lo principal y relevante es analizar la versión que depone la agraviada, la cual luego de someterlo a los criterios de credibilidad se puede realizar la subsunción típica.

4.3. Esta ausencia de motivación —por no valorar de manera individual y en conjunto las declaraciones de la menor— no constituye una nulidad insubsanable. Con mayor razón, teniendo en cuenta la evaluación psicológica de folio 60, se estima que la agraviada sí ha sufrido de una agresión sexual. Lo discutible a la luz de lo actuado durante todo el proceso es si fue víctima de una violación sexual consumada o solo se produjo una tentativa o, si eventualmente, se perfeccionó únicamente el delito de actos contra el pudor en agravio de menor de catorce años.

4.4. Como se detalló anteriormente, la agraviada no expuso con total seguridad y firmeza el acceso carnal que el fiscal le atribuyó al recurrente. Incluso los primeros elementos de convicción recabados estaban relacionados a tocamientos indebidos. Por ese motivo, este tribunal supremo considera que no existen suficientes pruebas y razones para sostener una condena por el delito de violación sexual de menor, menos aún con la magnitud de la sanción penal que se le impuso —treinta y cinco años de pena privativa de libertad—. Por la misma razón tampoco es factible considerar acreditada la tentativa con relación a ese delito.

4.5. Lo que sí ha quedado como hecho probado es que la agraviada sí ha sufrido de una agresión sexual, como se evidenció de la evaluación psicológica. Los peritos que la elaboraron señalaron en el plenario (folio 545) que la agraviada depuso una versión espontánea, sincera y de una persona que ha sufrido una situación o acto de índole sexual donde la experiencia fue traumática. Dicha agresión sexual desde un principio se la atribuyó al recurrente, esto es, como la persona que le realizó

tocamientos en febrero y junio o julio de 2011; tocamientos atribuidos que lo volvió a ratificar en el plenario (en cuanto a la rectificación que realizó en su declaración preventiva, será analizada más adelante). Además, no se ha demostrado que entre la agraviada y el procesado exista una relación de odio, venganza o rencor.

4.6. Por estos motivos, resulta razonable, con observancia del principio de legalidad, subsumir estos hechos probados al delito de actos contra el pudor en menor. Ello no constituye una mutación sustancial del hecho punible imputado, pues no se exige una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, ya que el tribunal —conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral— puede precisar aspectos fácticos atribuidos e incluidos en la imputación del Ministerio Público y que han sido materia de prueba y del contradictorio haciendo a su vez más completo y comprensivo el relato.

4.7. Respecto a la posibilidad de desvinculación de la calificación jurídica imputada, el Acuerdo Plenario N.° 4-2007/CJ-116 ha establecido lo siguiente:

> Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: **nueva tipificación** e incorporación de circunstancias agravantes. **Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados —como argumento principal, alternativo o secundario—, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa**. Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria —la Fiscalía en este caso— y de la prohibición de la indefensión —que es la vertiente negativa de dicha garantía—, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial —aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*— han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos. **Tratándose del 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** (véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco), **de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida 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. En estos casos 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.** [...][5].

4.8. En ese sentido, la presente desvinculación procesal resulta procedente, válida y necesaria. Se realiza además, en línea de lo más favorable a su situación jurídica en el caso concreto, por ende, no afecta ningún derecho del recurrente —especialmente el derecho de defensa—, ya que, en virtud a la citada doctrina jurisprudencial, no es exigible —en este caso— que la tesis de desvinculación sea postulada en el juicio porque la nueva calificación jurídica —actos contra el pudor en menor— es producto de una opción jurídica correcta en clave de garantía para él, pues, no es que se haya descartado la penetración sexual, sino que surge la duda irrefragable al respecto.

De lo que no existe duda es por lo menos de los tocamientos indebidos que constituyen actos contra el pudor, aspecto que ha estado presente transversalmente incluso en la actividad defensiva en la medida en que la atribución fáctica ha sido fluctuante entre la violación y los tocamientos —véase las conclusiones y alegatos finales de foja 580 y siguientes e incluso en el escrito impugnatorio se insiste en el hecho de que en la data del certificado médico se refirió "tocamientos"—. En ese sentido, es destacable que el tipo penal por el que se produce la desvinculación protege el mismo bien jurídico —indemnidad sexual—.

[5] Fundamento jurídico N.° 12.

Debe quedar claro que los tocamientos o actos contra el pudor fueron parte de la imputación fáctica contenida en la acusación y si bien se comprendió hechos de mayor gravedad (violación de menor), es evidente que en todo caso no se sobrepasa la imputación fáctica —se respeta el carácter inmutable del hecho—, con lo cual no se infringe lo establecido en el inciso 1, del artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales. En tal sentido, se justifica y corresponde que esta Sala Suprema realice la desvinculación procesal del delito de violación sexual de menor (previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal) por actos contra el pudor de menor (previsto en el inciso 3 del primer párrafo, y último párrafo, del artículo 176-A, del Código Penal).

4.9. La responsabilidad del recurrente por este delito se encuentra sustentada principalmente por la versión incriminatoria de la agraviada, la misma que está corroborada con la evaluación psicológica (folio 60), declaración de los peritos que elaboraron esa pericia (folio 545), denuncia interpuesta por su madre (folio 17) e informe social (folio 7). Igualmente se cuenta con la Pericia Psicológica N.° 016204-2014-PSC (folios 243 a 245) que se le practicó al recurrente, el mismo que concluyó que presenta "personalidad de rasgos pasivos agresivos y disociales", y en el apartado de *Análisis de la Personalidad* se advirtió que es una "persona con falta de capacidad de empatía, saca provecho de las personas y de las circunstancias, es manipulador, tiende a la mentira, se victimiza, psicosexualmente presenta conflicto, con falta de conocimiento de su psicosexualidad, no tiene control de sus impulsos sexuales". Prueba científica que también refuerza la sindicación contra él.

4.10. Por su parte, el acusado postuló como tesis de defensa la inocencia, esto es, que él no habría agredido sexualmente a la agraviada. No obstante, existen suficientes medios de prueba que enervan esas tesis, constituyendo un argumento tendiente a evadir su responsabilidad penal.

4.11. Si bien la agraviada en el juzgado se retractó, señalando que el procesado es inocente y que los hechos denunciados no se han suscitado, lo cierto también es que no se puede soslayar que resulta siempre una eventualidad que quienes denuncian por este tipo de hechos de grave connotación, debido al impacto familiar adverso que implica, sufran presiones y cuestionamientos, surgiendo de ese modo las versiones no incriminatorias o retractaciones como parte de un sentimiento de culpa causado por la presión familiar. En ese sentido, puede advertirse objetivamente que, en este caso, el recurrente es pareja de su tía Marisa Paola Valenzuela Campos[6] por parte de su mamá, por lo que, las variaciones en la sindicación deben analizarse con enfoque de género y en el contexto familiar en el que se producen.

4.12 Al respecto, en el Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116 se ha remarcado:

> **9°.** Las "perspectivas de género" –*per se*– si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del derecho penal y procesal penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños– presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra–, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (párr. 502).
>
> **10°.** [...] como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:
>
> A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].
>
> B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

[6] Ver declaración ante el fiscal (folios 75 a 79)

C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual.

No cabe duda que este tipo de casos deben ser evaluados teniendo en cuenta los referidos parámetros, casos en los que es usual y frecuente que se presenten situaciones de reproche socio familiares frente a las denuncias de esta naturaleza, incluso, surgen sentimientos de culpa en las propias víctimas y en las personas que denuncian dichos eventos. Al respecto en el mismo acuerdo plenario se expresó:

23°. Se ha establecido anteriormente –*con carácter de precedente vinculante*– que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia –en cuanto a los hechos incriminados– por parte de un mismo sujeto procesal: coimputado, testigo víctima, testigo, **es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante**. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva —que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental—, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia —la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente.

A propósito de esos parámetros, es un hecho destacable lo que la menor depuso respecto a que sus familiares la estuvieron presionando desde el principio. Así se pueden verificar los siguientes hechos relevantes:

a) En su declaración de veintiséis de noviembre de dos mil doce (folios 75 a 79), informa que al acusado nunca lo ha visto más desde la fecha en que se denunciaron los hechos "*hasta que el día de ayer el abogado del denunciado ha querido conversar con mi mamá vía telefónica porque se ha enterado que el día de hoy me iban a tomar mi declaración pero mi mamá no aceptó; así mismo, mis tías me han estado llamando para conversar con mi mamá para que abandone y retire mi denuncia, mi tía Consuelo también me ha estado diciendo que lo dejara ahí, que acarrearía más problemas, así también el día de hoy mi tía Marisa Paola me ha enviado un sobre con dinero mediante mi abuela, para que ya no siga denunciando pero mi mamá no le aceptó dicho sobre, a lo que mi abuela le respondió que nunca vaya a su casa; que siente temor*" (preguntas 12 y 13).

b) Luego de la interposición de la denuncia, la madre de la agraviada doña Patricia Esperanza Valenzuela Campos, quien tenía un nuevo compromiso y no vivía con la menor agraviada, fue citada reiteradamente para recibir su declaración, no habiendo concurrido a las citaciones de los días 22, 28 y 30 de marzo de 2012; 07, 11 y 15 de mayo; y 26 de octubre y 26 de noviembre del mismo año; como se verifica en las citaciones y constancias de inasistencia de fojas 38 a 45, 49, 50 y 65 a 74, no obstante lo importante que era su declaración para su menor hija;

c) Cuando su referida madre declara en la instrucción (fojas 208 a 211) lo hace para expresar que nunca existió reunión en el mes de febrero y sostener que su hija se había puesto a llorar y que todo lo que dijo no era cierto, que lo hizo por cólera;

d) En el juicio oral la menor (ya a los veinte años aproximadamente) expresó que (folio 546 y 548v): Siempre estuvo sola, le decían que por su culpa su tía Mariza no come y se va a morir porque el recurrente estaba en la cárcel; hasta ahora se siente presionada porque le dicen que su abuela estaba mal y se puede morir; si su abuelo se muere será su culpa; en su preventiva mintió porque fue influenciada por sus tías y el abogado de él, además, que su tía Maritza se iba a morir por estar enferma; no fue al anterior juicio porque nunca recibió la notificación, en cambio ahora ella

misma lo ha recibido; se rebeló cuando cumplió diecisiete años ya que la trataban de mentirosa y su madre iba como si nada donde su tía Maritza; "que se pudra mi tía Maritza" porque ella decía que a mí nunca me pasó nada.

Esto refleja que ha existido una presión familiar contra la agraviada para que se desista de su incriminación. Por esa razón cabe restarle certeza a su retractación efectuada en su declaración preventiva. Esta apreciación resulta más relevante si se tiene en cuenta que en el juicio oral sostuvo que en el anterior juzgamiento la presionaron para que cambie de versión y con notable resentimiento expresó "que se pudra mi tía Maritza".

4.13. Con lo expuesto, se debe mantener la condena, pero reconduciendo el tipo penal al delito de actos contra el pudor en menor. En consecuencia, cabe analizar la pena que debe corresponderle por la nueva subsunción típica.

4.14. El referido delito al momento de los hechos se encontraba previsto en el inciso 3 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 176-A, del Código Penal[7], que preveía un marco penal no menor de diez ni mayor de doce años. Teniendo en cuenta que el recurrente era un agente primario y no concurre alguna circunstancia agravante genérica, resulta pertinente individualizar la pena concreta final en el extremo mínimo, esto es, diez años, con observancia del principio de proporcionalidad y el fin preventivo y resocializador de la pena. En consecuencia, se debe reducir a ese lapso de tiempo la pena privativa que se le impuso en la sentencia cuestionada.

[7] Actualmente ese tipo penal tiene una regulación distinta, en el sentido que contempla la conducta reprochada en un solo párrafo sin hacer diferencia de edad —de manera general señala "cuando la víctima es menor de 14 años"— ni el tipo de relación que existiese entre el agente y la víctima. Si bien, la actual regulación prevé una pena no menor de nueve ni mayor de quince años, no resultaría posible realizar una aplicación retroactiva de esa norma, toda vez que también se debería aplicar la agravante prevista en el artículo 177, en concordancia con el segundo párrafo, del artículo 170, del Código Penal, resultando ser una pena abstracta mayor a la prevista en el artículo 176-A al momento de los hechos.

4.15. Por último, forma también parte de la imputación fáctica los hechos que se habrían cometido en el mes de junio o julio de 2011 (ver la descripción del considerando 1.2 de la presente resolución) referidos a tocamientos indebidos que el recurrente le habría realizado a la agraviada cuando ella se encontraba descansando en su habitación. Al respecto, se aprecia de la sentencia cuestionada que la Sala Superior no expuso pronunciamiento alguno sobre la configuración o no de ese extremo de la imputación, menos aún por la situación jurídica del acusado. Sin embargo, este Supremo Tribunal estima que la ausencia de ese juicio de valoración no constituye, en el presente caso, un motivo para anular la sentencia, porque en el peor de los casos estaríamos ante la continuidad del delito de actos contra el pudor en menor, en perjuicio de la misma agraviada, sin mayor impacto en la dosificación punitiva; y, por el contrario, en términos de costos para la justicia resultaría enormemente oneroso.

QUINTO. ASISTENCIA ESPECIALIZADA A FAVOR DE LA VÍCTIMA

5.1. La víctima tiene en el proceso penal, entre otros derechos, el de obtener una reparación integral del daño generado por la comisión del delito, la cual no puede limitarse a la compensación económica que se impone pagar al responsable del daño causado.

5.2. No cabe duda que el abuso sexual ocasiona afectación psicológica en las víctimas, fundamentalmente en los niños y niñas, dejando muchas veces graves secuelas que requieren ser atendidas, en principio, como parte de la reparación civil a cargo del agresor. El Estado no puede encontrarse al margen del deber de atender a las víctimas, a través de los sistemas de salud pública, la necesidad de evaluación y, en su caso, de brindar el tratamiento psicológico, terapias o la asistencia que resulte necesaria, según diagnóstico, ofreciéndole los medios necesarios para alcanzar su recuperación.

5.3. En este aspecto, resulta relevante el literal g, del artículo 4, de la Declaración sobre la violencia contra la mujer[8], al señalar que los Estados deberán:

> g) Esforzarse por garantizar, en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física psicológica.

5.4. En tal virtud, para alcanzar una reparación integral de la víctima, debe atenderse necesariamente a la recuperación del daño psicológico sufrido como consecuencia del hecho delictivo en su contra, en los delitos contra la indemnidad y libertad sexual, con especial atención en el caso de menores de edad y personas con discapacidad; por lo cual, corresponde que, en ejecución de sentencia, se disponga que el Estado, en cumplimiento de lo expresamente establecido por el Código de los niños y los adolescentes[9], previa evaluación especializada, brinde tratamiento psicológico a la menor agraviada y a sus familiares —de ser el caso—, para su recuperación integral, para cuyos efectos se notificará a la parte agraviada.

[8] Adoptada en la 85ª sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993 de la Organización de Naciones Unidas.

[9] **Artículo 38. Programas para niños y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual**
El niño o el adolescente víctimas de maltrato físico, psicológico o de violencia sexual merecen que se les brinde atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. El servicio está a cargo del Sector Salud. Estos programas deberán incluir a la familia.
El Estado garantiza el respeto de los derechos de la víctima en todos los procedimientos policiales y judiciales. El Promudeh promueve y establece programas preventivos de protección y atención, públicos y privados, tendentes a prevenir, atender y reducir los efectos de la violencia dirigida contra el niño o el adolescente.

Dicho extremo debe ser materia de integración, de conformidad con las facultades contempladas en el segundo párrafo, del artículo 298, del Código de Procedimientos Penales[10].

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el dictamen de la Fiscalía Suprema en lo Penal, declararon:

I. **DESVINCULARSE** de la calificación jurídica postulada por el representante del Ministerio Público consistente en el delito de violación sexual en menor, previsto en el inciso 2 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 173, del Código Penal a la previsión delictiva prevista en el inciso 3 del primer párrafo y último párrafo, del artículo 176-A, del Código Penal delito de actos contra el pudor en menor. En consecuencia, **CONDENAR** a Luis Enrique Fernández Saavedra como autor del delito de actos contra el pudor de menor, en perjuicio de la agraviada con las iniciales A. N. R. V.

II. **HABER NULIDAD** en sentencia cuestionada, en el extremo que le impusieron al referido acusado treinta y cinco años de pena privativa de libertad; **REFORMÁNDOLA** le impusieron diez años de pena privativa de libertad; la misma que desde su detención el 13 de agosto de 2019 —ver notificación de folio 619—, y teniendo en cuenta la detención que sufrió desde el 4 de febrero hasta el 6 de agosto de 2014 (seis meses con dos días) —por prisión preventiva, ver resolución[11] de folios 140 y antecedente judicial[12] de folio 500—, vencerá el 10 de febrero de 2029.

[10] **Artículo 298. Causales de Nulidad**
[...]
No procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados; o que no afecten el sentido de la resolución. **Los jueces y tribunales están facultados para** completar o **integrar** en lo accesorios, incidental o subsidiario, **los fallos o resoluciones judiciales**.

[11] Que declaró fundada la prisión preventiva; y en la audiencia se encontraba presente el encausado.

III. **SE INTEGRE** la referida resolución en cuanto **SE DISPONE** que el personal especializado del Sector Salud de la provincia de Lima y especialmente del distrito donde reside la agraviada, brinde **tratamiento psicológico** a la agraviada —de ser el caso a su familia— con la evaluación de sus necesidades al respecto; para el efecto, en ejecución de sentencia, se debe remitir el oficio pertinente a la Dirección Regional de Salud con copia de esta sentencia y la de primera instancia. La Dirección anotada debe disponer que los encargados reserven el nombre de la agraviada e informen periódicamente de dicho tratamiento al juez que conoce de la intervención judicial de la pena, siempre guardando en reserva su identidad en los documentos que remita al Poder Judicial, debiendo anotar sólo el número del expediente; todo bajo responsabilidad; así mismo, el juzgado a cargo de la ejecución de la sentencia debe disponer la notificación a la parte agraviada, a efecto de que previa evaluación especializada, que determine las medidas necesarias en el caso concreto, se le brinde el acceso a los servicios de salud pública para la asistencia especializada que fuera requerida en su rehabilitación.

IV. **DISPONER** se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

---

[12] Aquí se detalla la fecha en la cual se le dio libertad, en virtud a la resolución del 5 de agosto de 2014 de folio 284 que declaró procedente la variación de la prisión preventiva por comparecencia restringida.