

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA
DESVINCULACIÓN JURÍDICA Y LA INFRACCIÓN DEL
PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 374:1
DEL CODIGO PROCESAL PENAL**

TESIS

PRESENTADA POR:

NEPTALI WILDER HANCCO PUMALEQUE

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2018

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA
DESVINCULACIÓN JURÍDICA Y LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO
ACUSATORIO EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 374:1 DEL CODIGO
PROCESAL PENAL.**

TESIS PRESENTADA POR:

NEPTALI WILDER HANCCO PUMALEQUE

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE

:



Dr.Sc. WALTER SALVADOR GÁLVEZ
CONDORI

PRIMER MIEMBRO

:



ABOG. REYNALDO LUQUE MAMANI

SEGUNDO MIEMBRO

:



Dr. Sc. ROLANDO SUCARI CRUZ

DIRECTOR

:



ABOG. JULIO JESÚS CUENTAS CUENTAS

ÁREA : CIENCIAS SOCIALES

LÍNEA : DERECHO

SUB LÍNEA: DERECHO PROCESAL PENAL

TEMA: JURISPRUDENCIA Y EJECUCIÓN PENAL

FECHA DE SUSTENTACIÓN 20 DE DICIEMBRE DE 2018



DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios, por permitirme llegar hasta este momento tan importante en mi vida. A mi hermana Yola que desde el cielo guía mis pasos. A mis padres, hermanos y familiares, por su apoyo y comprensión durante toda mi etapa estudiantil.

Neptalí Wilder

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, por la oportunidad que brinda a quienes buscan superarse académicamente. Gracias a la Escuela Profesional de Derecho y los docentes por la orientación en el presente trabajo.

Neptalí Wilder

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURA	7
ÍNDICE DE CUADRO	8
ÍNDICE DE ACRÓNIMO	9
RESUMEN	10
ABSTRACT	11
I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN (opcional)	17
1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	18
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	19
II. REVISIÓN DE LITERATURA	20
2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	20
2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	20
2.1.2. A NIVEL NACIONAL.....	22
2.1.3. A NIVEL LOCAL	25
2.2. MARCO TEÓRICO	27
2.2.1. INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA ...	27
2.2.1.1. CONCEPCIÓN Y NATURALEZA DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA	27
2.2.1.2. CONSIDERACIONES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.....	37
2.2.1.3. POSIBILIDAD DE MODIFICAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA CONTENIDA EN LA ACUSACIÓN – INCISO 1 DEL ARTÍCULO 374 DEL CPP	42
2.2.4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE RESPECTO DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA	51
2.2.5. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO.....	54
2.2.5.1. NORMATIVA NACIONAL	54
2.3. MARCO CONCEPTUAL	58
2.3.1. DESVINCULACIÓN JURÍDICA	58

2.3.2. PRINCIPIO ACUSATORIO.....	58
2.3.3. DERECHO DE DEFENSA.....	59
2.3.4. GARANTISMO PENAL.....	60
2.3.5. SENTENCIA PENAL	62
2.3.6. CORRELACIÓN ACUSACIÓN Y SENTENCIA	63
2.5. OPERACIÓN DEL EJE TEMÁTICO (dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumento), en el Marco del MAPIC.	65
III. MATERIALES Y MÉTODOS	66
3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	66
3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.....	66
3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	67
3.2. OBJETO DE ESTUDIO.....	68
3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO	69
3.3.1.- CASOS PARA ACREDITAR LA BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN	69
3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	71
3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	71
3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.	76
3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	76
3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS).....	77
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	80
4.1. SUB CAPITULO N° 01.....	82
4.2. SUB CAPITULO N° 02.....	107
4.3. SUB CAPITULO N° 03.....	129
V. CONCLUSIONES.....	137
VI. RECOMENDACIONES.....	140
VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	142
ANEXOS.....	145

ÍNDICE DE FIGURA

FIGURA 1: SISTEMATIZACIÓN DEL MÉTODO SISTEMÁTICO	74
---------------------------------------------------------------	-----------



ÍNDICE DE CUADRO

CUADRO 1: BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN	70
CUADRO 2: ANÁLISIS DE CASO.....	114

ÍNDICE DE ACRÓNIMO

Const.	: Constitución
CP	: Código Penal
CPP	: Código Procesal Penal
DJ	: Desvinculación Jurídica
PA	: Principio Acusatorio
DD.	: Derecho de Defensa
CSJP	: Corte Superior de Justicia de Puno
FPPCP	: Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno
JPU	: Juzgado Penal Unipersonal
JPC	: Juzgado Penal Colegiado
EXP.	: Expediente Judicial
MP	: Ministerio Público
R. Cas.	: Recurso de Casación
TC	: Tribunal Constitucional
PNP	: Policía Nacional del Perú
AP	: Acuerdo Plenario
LOMP	: Ley Orgánica del Ministerio Público
D. L.	: Decreto Legislativo
Art.	: Artículo
Cfr.	: Confróntese
pp.	: Páginas
p.	: Página
F.J.	: Fundamentos Jurídicos

RESUMEN

El estudio se enfoca en abordar la figura procesal de la desvinculación Jurídica: el primero, relacionado con el tratamiento jurisprudencial de esta figura jurídica, segundo, establecer si existe o no, contravención al modelo acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica, y el último, referida a los criterios para la aplicación de la desvinculación jurídica. OBJETIVO: Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia y verificar la posible afectación del principio acusatorio a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal. METODOLOGÍA: La investigación es de tipo cualitativo y de diseño dogmático y estudio de caso. RESULTADOS: (i) El desarrollo de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana no ha cerrado ni ha dado solución a todos los conflictos que aún se suscitan en la práctica judicial. (ii) La aplicación de la desvinculación jurídica afectaría gravemente el Principio acusatorio, toda vez que, ningún otro sujeto procesal puede modificar los términos de la acusación relacionado con el delito y la pena postulada por el Ministerio Público, porque el monopolio de la acusación únicamente corresponde a los fiscales en mérito a la Constitución y su ley orgánica. (iii) Los presupuestos de la desvinculación jurídica debe realizarse bajo los parámetros constitucionales; respetando estrictamente el derecho de defensa, respetando el principio acusatorio, homogeneidad del bien jurídico, y en cuanto a la oportunidad procesal se hará siempre antes de cerrar el debate probatorio.

Palabras claves:

Desvinculación jurídica, Principio acusatorio, derecho de defensa, garantismo penal y correlación acusación y sentencia.

ABSTRACT

The study focuses on addressing the procedural aspect of legal untying: the first, related to the jurisprudential treatment of this legal figure, second, establish whether or not there is, contravention of the accusatory model with the application of legal untying, and the last, referred to the criteria for the application of legal untying. **OBJECTIVE:** Analyze the treatment of legal separation in case law and verify the possible impact of the accusatory principle in relation to article 374: 1 of the Code of Criminal Procedure. **METHODOLOGY:** The research is qualitative and dogmatic design and case study. **RESULTS:** (i) The development of legal untying in Peruvian jurisprudence has not closed or resolved all the conflicts that still arise in judicial practice. (ii) The application of legal untying would seriously affect the accusatory principle, since no other procedural subject can modify the terms of the accusation related to the crime and the penalty postulated by the Public Ministry, because the monopoly of the accusation only corresponds to the prosecutors in merit to the Constitution and its organic law. (iii) The budgets of the legal separation must be carried out under the constitutional parameters; Strictly respecting the right of defense, respecting the accusatory principle, homogeneity of the legal right, and as to the procedural opportunity will always be done before closing the evidentiary debate.

Keywords:

Legal disengagement, accusatory principle, right of defense, criminal guarantee and correlation accusation and sentence.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación busca encontrar una respuesta jurídico-científico sobre el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana y la posible afectación del principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de la desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal; como se puede advertir la investigación se inscribe en el área del derecho procesal penal, sobre la desvinculación jurídica.

La regulación de esta figura procesal, no es reciente, puesto que, data del Código de Procedimientos Penales del año 1940, y el Código Procesal Penal del 2004 lo que hace es recoger esta figura en su artículo 374:1, y como es sabido, la vigencia de este código trae consigo una nueva filosofía, una nueva concepción del proceso penal, y entre otros cambios, el más importante es la implantación del principio acusatorio, pero no, un modelo puro sino un modelo procesal con ciertos rasgos inquisitivos, y prueba de ello es la figura de la desvinculación jurídica.

Ahora bien, la discusión está referida fundamentalmente en establecer si la aplicación de la desvinculación jurídica trastoca o no el principio acusatorio, es decir, la regulación de la desvinculación jurídica es compatible y armoniza o no con el sistema de corte acusatorio en la que se enmarca nuestro Código Procesal Penal, por otro lado lo que la investigación pretende es desarrollar los criterios para la aplicación de esta figura jurídica en un caso que si fuera útil para resolver un caso concreto, teniendo en cuenta su excepcionalidad.

Finalmente, otro de los tópicos que la investigación aborda es referido al tratamiento jurisprudencial de esta figura jurídica, en concreto, lo que aquí se verifica es el desarrollo de esta figura en los Acuerdos Plenarios, Recursos de Nulidad, Casaciones y otros. Es así que:

EN LA INTRODUCCIÓN se establece el planteamiento del problema de investigación; que abarca la descripción del problema, formulación del problema, la justificación del problema y los objetivos de la investigación.

EN LA REVISIÓN DE LITERATURA es donde se desarrolla los antecedentes, sustento teórico, marco conceptual y la operación del eje temático; que nos dan una visión de los pormenores teóricos empleados en el desarrollo de esta investigación.

EN MATERIALES Y MÉTODOS se encuentra el diseño metodológico de la investigación, considerando el tipo y diseño de la investigación, el objeto de estudio, los métodos, las técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Por último, **EN RESULTADOS Y DISCUSIÓN** se hace referencia a los resultados de la investigación, tomando en cuenta los objetivos logrados en cuanto a las unidades de estudio analizadas y discutidas con teorías, doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, como en toda investigación, se presenta las conclusiones a las que se ha llegado y en función de ella se realizó las respectivas sugerencias. Además, se presenta la referencia bibliográfica y los anexos correspondientes.

El Autor (2018).

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La desvinculación jurídica, por primera vez, ha sido incorporado en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y sus modificatorias, en la cual se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica, la misma que también ha sido desarrollada en el Recurso de Nulidad N° 2490–2006/La Libertad y en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116; ahora bien, en el Código Procesal Penal del 2004 ha sido legislado en el artículo 347:1 poder del tribunal y facultad del fiscal, y desarrollado por la jurisprudencia como R.N. 1165-2015, Lima, Casación N° 430-2015, Lima y otros.

Señalado este breve antecedente legislativo de esta figura jurídica, ahora, lo que corresponde es enfocar la problemática que se suscita en el marco de la aplicación de la desvinculación jurídica, el primer eje temático está referido al desarrollo jurisprudencial, se analiza el tratamiento por parte de la Corte Suprema de la República, para ello se verifica las diversas Casaciones y Recursos de Nulidad, en esta misma línea también se verifica la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la norma, y no menos importante también se analiza las sentencias emitidas por los diferentes Cortes Superiores y más concretamente la investigación se centra en el análisis de la Sentencia emblemática emitida por Juzgado Unipersonal Colegido de la Corte Superior de Justicia de Puno, caso “Aymarazo”, sentencia que nos permitirá verificar el criterio asumido en el Juzgado de Puno para la aplicación de la desvinculación jurídica.

El segundo componente de estudio, está referido a la afectación del principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica, en este punto se reflexiona sobre la vulneración de las garantías procesales, como el principio

acusatorio, con la implementación de esta figura procesal se afecta al espíritu y la esencia del Código Procesal Penal, dado que, la lógica del modelo acusatorio es la división de roles, es así que al Ministerio Público le corresponde la facultad de acusar fijando los hechos y postulando la pena a imponerse, de tal manera que nadie puede remplazar esa facultad, ahora bien, al juez se le da la facultad de dictar sentencia y poner fin al conflicto, y esta sentencia tiene que dictarse en función a la acusación postulada por el Fiscal, por ello se habla de la correlación entre la acusación y la sentencia, la exigencia de una congruencia entre lo postulado y el pronunciamiento de la sentencia, asimismo al afectarse el principio acusatorio también se afecta el derecho de defensa dado que, representa una sorpresa para la defensa la calificación que propone el juez, y el juez al remplazar a una de las partes infringe la imparcialidad del poder judicial, porque la tarea del juez es ser un tercero imparcial que no puede afectar el desarrollo del juicio sino generar un escenario de igualdad para las partes.

Por último, la investigación en su tercer componente responde a la siguiente interrogante: *¿Cuáles deben ser los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales?*, este componente está referido en plantear los criterios mínimos que se debe observar para la aplicación de la desvinculación Jurídica, ello con la finalidad de resguardar las garantías procesales y el modelo acusatorio; a través de la investigación no pretendemos negar la aplicación de esta figura, sino plantear presupuestos para una correcta aplicación sin vulnerar los derechos de las partes, considerando además que debe ser una facultad excepcional del juez, respetando la homogeneidad del bien jurídico protegido, realizado únicamente por el juez o colegiado de la primera instancia, así también respetando el derecho

de defensa otorgando toda las facilidades para que la defensa pueda incluso ofrecer pruebas adicionales, y en cuanto a la oportunidad procesal, consideramos que siempre debe realizarse antes de la culminación del debate probatorio conforme señala el Código Procesal Penal.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cómo es el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia y se afecta el principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de la desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1.- ¿Cómo es el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana?

2.- ¿Se afecta el principio acusatorio en la aplicación de la institución procesal de desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal?

3.- ¿Cuáles deben ser los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales?

1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL

El desarrollo y la aplicación de la desvinculación jurídica a traído serios problemas en los procesos penales, la doctrina por su parte aún no se pone de acuerdo sobre la viabilidad de su aplicación en un modelo acusatorio garantista, incluso se debate sobre su inconstitucionalidad, por afectar el modelo acusatorio, en este orden surge la necesidad de plantear los criterios para su aplicación y el respecto a las garantías procesales.

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1.- La desvinculación jurídica ha traído problemas en su aplicación práctica, tal es así que ha merecido el pronunciamiento de la Corte Suprema a través de las Sentencias Casatorias, donde se ha establecido algunos criterios y orientaciones para su aplicación, pero que no son suficientes ni evitan la problemática suscitada.

2.- La aplicación de la desvinculación jurídica afectaría gravemente el Principio acusatorio, toda vez que, ningún otro sujeto procesal puede modificar los términos de la acusación relacionado con el delito y la pena postulada por el Ministerio Público, porque el monopolio de la acusación únicamente corresponde a los fiscales en merito a la Constitución y su ley orgánica.

3.- Los presupuestos de la desvinculación jurídica debe realizarse bajo los parámetros constitucionales; respetando estrictamente el derecho de defensa, respetando el principio acusatorio, homogeneidad del bien jurídico, y en cuanto a la oportunidad procesal se hará siempre antes de cerrar el debate probatorio.

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La investigación es importante por las siguientes razones:

La investigación se justifica, por abordar un tema de actualidad, y sobre todo un tema controversial que se debate en los diferentes escenarios académicos, nótese que en la doctrina, no hay posturas uniformes, acerca de la figura de la desvinculación jurídica, incluso hay posturas que señalan que la desvinculación sería una institución jurídica inconstitucional, por atentar el principio acusatorio reservado únicamente para el Ministerio Público, no solamente eso sino el derecho de defensa y la imparcialidad del Juez.

Asimismo, la investigación es importante porque se establecerá la afectación o no del principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica, realizar esta delimitación es sumamente interesante a fin de postular su derogatoria o afianzar su aplicación en Código Procesal Penal, y tener una postura sólida a nivel de la doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, la investigación se realiza para plantear los criterios que se deben tomar en cuenta a fin de aplicar la desvinculación jurídica, protegiendo y resguardando las garantías procesales, es así, que los criterios que preliminarmente planteamos tiene que ver con garantizar el derecho de defensa, la desvinculación debe realizarse antes de la culminación del debate probatorio, homogeneidad del bien Jurídico y en la primera Instancia.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVOS GENERAL

Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia y verificar la posible afectación del principio acusatorio a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana.
- 2.- Establecer la afectación del principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal.
- 3.- Establecer los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

En el escenario del derecho comparado se encontró algunos estudios materializados en tesis científicas y/o jurídicas, referidos al tema materia de estudio, publicados en la página virtual de internet, la cual se citó y se tomó como punto de referencia para realizar el estudio:

1.- Artículo jurídico presentado por Juan Mendoza Díaz, (2009), con el título: **“LA CORRELACIÓN ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA. UNA VISIÓN AMERICANA”**, publicada en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 149-171, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., Puebla, México.

Cuyos planteamientos fueron: La correlación entre la acusación y la sentencia ocupa desde hace años la atención de diversos autores, por constituir uno de los puntos más debatidos por la doctrina y la jurisprudencia de los países con procedimientos penales de corte acusatorio. Los puntos de vista son muy divergentes, e incluso las posiciones que se identifican, presentan diversidad de matices diferenciadores. En España, donde la norma sobre la que se apoya el debate es la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882; a pesar y como consecuencia de las modificaciones introducidas, aún el tema ocupa la atención de un segmento importante de la doctrina de ese país. En América Latina este tema reviste una singular importancia, de cara a los

sustanciales cambios que se han producido en el ordenamiento procesal penal de una gran cantidad de los países del continente, en aras de introducir la fórmula acusatoria de enjuiciamiento, dentro de la cual se inscribe justamente este correlato entre el contenido de la imputación y la decisión jurisdiccional. (p. 3).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) El hecho histórico plasmado en el pliego acusatorio es el pivote sobre el que gira todo el debate contradictorio que tiene lugar en el juicio oral, sin que existan posibilidades de que pueda ser modificado una vez concluido el enjuiciamiento. Esta razón es la que motiva la existencia de un control jurisdiccional en la admisión de la solicitud que realiza el Ministerio Fiscal cuando ejercita la acción penal. Este control, que es visto en ocasiones como un resabio inquisitivo, garantiza que el órgano jurisdiccional permita que sólo entre a la fase del juicio oral, un hecho cuya conformación responda a las exigencias de relevancia jurídica que impone la tipicidad penal (p. 5). (ii) La solución que la normativa española originaria dio a este problema y que heredamos los cubanos en nuestra actual Ley de Procedimiento Penal, es la conocida tesis de desvinculación, mediante la cual el Tribunal está en la obligación de alertar al imputado sobre los cambios que se puedan presentar en cuanto a la calificación del delito, la apreciación de nuevas circunstancias y el incremento de la pena (p. 7). (iii) La libertad del Tribunal para calificar los hechos probados según su propio criterio jurídico pasa por dos posiciones conceptuales encontradas: A) sancionar por el delito que considera adecuado e imponer la pena que corresponda sin necesidad de adelantar en el acto del juicio oral su criterio o, B) estar en la obligación de alertar a las partes

sobre la posible alteración en la calificación y la pena, como requisito indispensable de congruencia de la sentencia. (p. 13) – México.

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

En el rubro de investigaciones nacionales que se han materializado en tesis de investigación y artículos jurídicos, se ha encontrado una tesis de singular importancia porque aborda un tópico que debatimos en la presente investigación, la cual citamos de la siguiente forma:

1.- Artículo jurídico presentado por Guido Castillo Lira, (2016), con el título: “**LA CORRELACIÓN DE LA ACUSACIÓN CON LA SENTENCIA**”, publicada en Actualidad Penal, año 2, volumen 22.

Cuyos planteamientos fueron: Diversas sentencias penales emitidas por varios órganos jurisdiccionales invocan usualmente el principio de correlación entre acusación y sentencia, pero ¿qué debemos entender por este principio?, ¿cuál es su alcance? (p.2). El tema propuesto principio de correlación entre acusación y sentencia, está relacionado a los dos aspectos descritos en los artículos precedentes. En efecto, según la doctrina, para que exista correlación entre acusación y sentencia, se exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal, de manera que se debe buscar una congruencia procesal entre la acusación y la sentencia, la cual contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica a fin de imponer la sanción penal correspondiente. (p. 4).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Se respeta el principio de correlación cuando el órgano jurisdiccional se pronuncia en relación con la acción

u omisión punible descrita en la acusación fiscal. (ii) También se respeta el principio de correlación cuando el órgano jurisdiccional se pronuncia respecto a la calificación jurídica variada por el juez en ejercicio del iura novit curia o cuando es solicitada por las partes y aceptada por el juez. (iii) Si bien se ha sostenido en los Acuerdos Plenarios Nos 4-2007/CJ-116 y 06-2009/CJ-116 que la modificación de la calificación jurídica debe efectuarse únicamente en relación con los delitos homogéneos, la realidad determina que no resulta posible limitar la facultad del juez en proponer una distinta calificación jurídica. (p. 13) – Perú.

2.- Artículo jurídico presentado por Ernesto Vela Barba, (s/f), con el título: **“DESVINCULACIÓN PROCESAL: ALCANCES DEL ARTÍCULO 285 – A DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y ACUERDO PLENARIO N 4-2007/CJ-116”**, publicada en Alerta Informativa.

Cuyos planteamientos fueron: Iniciaremos el desarrollo del presente artículo diseccionando y sistematizando los tópicos abordados y desarrollados por el aludido Acuerdo Plenario, complementándolo con los aportes teórico – jurisprudenciales¹, para lo cual nos formularemos interrogantes guías, que progresivamente intentaremos responder; finalmente, a modo de conclusión, tomaremos postura sobre los alcances e implicancias del referido acuerdo jurisdiccional, adelantándose ya en el presente estadio argumental, la concurrencia de razones y consideraciones que impiden aplicar con todo rigor el marco de trabajo establecido en el citado Acuerdo Plenario, debiendo ser objeto de complementación y concordancia con otros constructos para su aplicación.

Entre las interrogantes que guiarán el desarrollo del presente artículo emergen las siguientes:

1.- ¿La tesis de la desvinculación resulta compatible con el principio acusatorio y de imparcialidad?

2.- ¿Los roles y responsabilidades de los sujetos procesales, con especial mención del representante del Ministerio Público y de la Parte Civil, en la tarea de configurar y definir el objeto del proceso penal, resulta compatible con la tesis de la desvinculación? (p. 2).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) La afirmación que el error de tipificación del Ministerio Público debe ser corregido por el Juez Penal en cumplimiento del deber de adecuada tipificación, vía la tesis de la desvinculación, debe ser contextualizada en los supuestos de un error sobreviniente en el decurso del juicio oral, resultando inaceptable y contrario a los roles y responsabilidades que le compete al fiscal o parte civil pretender subsanar errores identificables desde la etapa de la instrucción. En todo caso, se debe otorgar una mayor relevancia a la etapa intermedia del proceso para sanear errores u omisiones. (ii) Aunque en la actividad jurisdiccional rige en general el principio *iura novit curia*, el Tribunal no es plenamente libre para deducir la consecuencia jurídica, pues en el proceso penal aquel principio encuentra importantes restricciones por los principios de contradicción y de defensa. De esta forma, la operatividad de la institución bajo comento debe analizarse desde la perspectiva de la estrategia del litigio. De esta forma el delito no solamente debe ser homogéneo – a nivel del bien jurídico - con el esgrimido alternativamente, sino que el supuesto típico sea sustancialmente el mismo⁵⁴, esto es, una estructura típica similar, así, por ejemplo, no resulta aplicable la tesis de desvinculación en los supuestos de peculado en relación al delito de enriquecimiento ilícito. (iii) Desde una óptica procedimental, consideramos que

la tesis incorporada al debate por el Tribunal debe ser asumido por la representante del Ministerio Público, en su requisitoria oral, ya que de otro modo se entiende que el Tribunal asume una posición acusadora y pierde la imparcialidad⁵⁵; así por ejemplo, en el supuesto de discrepar el titular de la acción penal de la tesis alternativa, con la consiguiente no introducción como un delito más en su requisitoria oral, la Sala no puede condenar por el hecho punible sobrevenido, respecto del cual no existe su correspondiente acusación oral. (p. 23) – Perú.

2.1.3. A NIVEL LOCAL

En la Región de Puno y más precisamente en la Escuela de post-grado, Maestría en Derecho procesal Penal de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, se encontró la siguiente investigación.

Tesis presentada por Miguel Ángel Ccalla Paredes, (2011), con el título: “**EL PRINCIPIO DE DESVINCULACIÓN CONTRAVIENE LOS PRINCIPIOS ACUSATORIO E IMPARCIALIDAD EN EL PROCESO PENAL PERUANO**”, Tesis de Pos-Grado para optar el grado de Magíster Scientiae en Derecho con mención en Derecho Penal, en la Universidad Nacional del Altiplano: Escuela de Post Grado-Puno.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Nuestra Constitución del Perú, desde el año de 1993, al Ministerio Público, le ha asignado la atribución de conducir desde un inicio la investigación del delito, no obstante colisionar ello con el decreto legislativo 124, de los procesos sumarios y el código de procedimientos penales, que regula los procesos ordinarios, en el que el juez es investigador y juzgador. Por mandato constitucional y mediante el decreto

legislativo 957, se establece los roles que le corresponde a cada sujeto procesal, tal es así que el Ministerio Público, es el encargado de investigar, acusar, sobreseer un proceso penal, tal como lo ha referido nuestro máximo interprete de la constitución, en el caso Manuel Enrique Umbert Sandoval, Exp. N° 2005-2006-HC, reconociéndosele su papel monopólico de la acción penal, de la acusación, y que obviamente ello va a decantar en un mejor escenario de defensa por parte del imputado, en tanto que ceñirá su defensa a los cargos propuestos. Sin embargo los jueces tienen el amparo legal en el artículo 285-A del código de procedimientos penales, para desvincularse de la acusación fiscal, el mismo que en nuestro distrito judicial en los dos últimos años 2007 y 2008, se ha aplicado con una frecuencia de 6 por ciento por la Segunda Sala Penal, de un total de 93 sentencias condenatorias, absolutorias y en el 2008, hasta el mes de setiembre en un cinco por ciento, de manera que esta cifra es preocupante, en tanto se evidencia una actitud del juez de ayudar al representante del Ministerio Público y otra de negligencia e indiferencia de asumir su rol de adecuar como corresponde el tipo penal. Esta propuesta tiene validez no solo para Tacna, sino consideramos a todo nuestro país, pero demarcamos territorialmente en Tacna. Sobre la primera y segunda Sala Penal Mixta, es que, en el 2007, estuvieron vigentes los citados órganos jurisdiccionales, y en el 2008, conforme a la nueva estructura, en aplicación del Nuevo Código procesal Penal, son Salas Liquidadoras – Puno.

Las investigaciones y los trabajos académicos antes mencionadas, son las que sirvieron de base y fundamento de la presente investigación que proponemos a la comunidad jurídica para su ulterior debate.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

2.2.1.1. CONCEPCIÓN Y NATURALEZA DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

INTROITO.- Como idea general cabe mencionar que la aplicación de la desvinculación jurídica por parte de los jueces vulnera principios esenciales del proceso penal, a decir del profesor Escobar; “Es importante resaltar que la problemática de la aplicación de la desvinculación penal se debe a que afecta el principio acusatorio, el principio de imparcialidad, el derecho de defensa y el principio de contradicción” (2009), entonces, si la tesis es que esta figura jurídica vulnera el principio acusatorio, ¿Por qué el legislador del 2004 incluyó esta figura en el Código Procesal Penal? , desde esta línea diremos que fue desatinada. Sin embargo, para cada tesis hay una antítesis, desde el activismo judicial, se justifica la intervención del juez para usar esta figura jurídica y desvincularse de la acusación fiscal, en un intento de subsanar los errores del Representante del Ministerio Público, entonces desde esta perspectiva “justiciera” sería sumamente útil esta figura jurídica. Con estas reflexiones iniciemos a desarrollar el marco referencial.

Iniciemos a reconstruir y enfocar la concepción a cerca de la Desvinculación jurídica, vale decir, que es lo que en la actualidad se piensa de esta figura procesal:

El profesor Escobar, (2009), sostiene: “La figura de la desvinculación procesal penal guarda relación con el objeto del proceso penal, la pretensión punitiva, el objeto de debate y la acusación fiscal” (p. 02)

“Actualmente, en la búsqueda de un sistema jurídico eficiente y/o garantista en el marco del proceso penal, se aprecian serias trasgresiones a los derechos fundamentales y garantías procesales de los justiciables. Una de dichas trasgresiones, la cual es la problemática a tratar en el presente trabajo, consiste en la aplicación de la tesis de la desvinculación (conocida antiguamente como determinación alternativa) en el proceso penal. Esta figura procesal habilita al órgano decisor (juez) para subsanar, corregir y variar (o recalificar) la calificación primigenia debido a un error notorio (o deficiente calificación) de parte del órgano acusador (fiscal)”. (Quiroz, 2017, p. 06)

El mismo Profesor Escobar (2009), haciendo alusión al Código de Procedimientos Penales, señala:

“En atención al principio acusatorio, el titular es el fiscal, quien determina en acusar y postula el hecho punible mediante su escrito de acusación (artículo 225º del Código de Procedimientos Penales), el que implica que se determine la calificación jurídica (fundamentación jurídica) y solicita una pena. Observamos que la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público puede ser modificada en el momento de la emisión del auto de apertura de instrucción, del auto de enjuiciamiento y en una sentencia condenatoria en virtud de la tesis de la desvinculación (siendo aplicable ello cuando no se modifique el hecho y cuando haya homogeneidad del bien jurídico)”. (p. 03).

Fundamento de la antítesis: “La no vinculación de la calificación jurídica se fundamenta en el principio del *iura novit curia*, pues se viene admitiendo que la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos no pueden vincular al juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos sin estar vinculados por las calificaciones de las partes” (Escobar, 2009)

La desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgador penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho (punible) propuesto por este. Es importante determinar quién es el titular de la delimitación del hecho punible y de la calificación jurídica; el artículo 285-A recién se incorporó en el año 2004, ello no ha impedido desarrollar con anterioridad el ámbito dogmático y jurisprudencial” (Escobar, 2009)

“Respecto a la figura procesal materia de análisis, el 17 de agosto del año 2004, mediante el Decreto Legislativo número 959, se incorporó el artículo 285-A al Código de Procedimientos Penales, mediante el cual aparece la aplicación de la tesis de la determinación alternativa o la desvinculación de la calificación jurídica. Asimismo, con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, dicha figura se mantuvo, siendo el inciso 1 de su artículo 374° el que señala la posibilidad de la recalificación jurídica de los hechos que fue considerada (de manera errónea) por el Ministerio Público. En ese sentido, el juez deberá informarle al fiscal y al imputado¹⁶ sobre dicha posibilidad de modo que las partes procesales se pronunciarán de manera expresa sobre la tesis planteada por el magistrado y, de acuerdo a su criterio, propondrán nueva prueba. Así, en caso la defensa técnica del imputado no se encuentre preparada debido a esta

variación de la calificación jurídica de los hechos, puede darse la suspensión de la audiencia hasta por un plazo de cinco días, brindándole así un tiempo prudente para que plantee una nueva estrategia procesal (haciendo uso de su efectivo ejercicio del derecho de defensa)". (Quiroz, 2017, p. 06-07)

“El fundamento de la tesis de la desvinculación es complejo y la interpretación jurisprudencial hizo mucho más complicado el tema. Por un lado, un sector de la doctrina comparada relaciona la tesis de la desvinculación con el prejuzgamiento y considera que no existe prejuzgamiento del fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa debido a que el magistrado tiene la posibilidad de someter a debate de las partes los aspectos de la calificación jurídica relacionados con el error observado. Por otro lado, otro sector de la doctrina tiene la postura que la norma no es una excepción sino una corroboración del principio acusatorio y que, en ningún caso, puede modificarlo o variarlo. En igual situación se encuentra el Perú debido a que una posición en minoría está en contra de dicha figura mientras que, por mayoría, viene aplicándose la tesis de la desvinculación procesal penal”. (Quiroz, 2017, p. 07)

“De esta manera, al no haber consenso, prima facie, respecto a la cuestión planteada, se presenta así el debate jurídico entre dos ideologías jurídicas: el garantismo o la eficacia en el proceso penal. Al respecto, Pico I Junoy señala que “el garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez– con su deber de imparcialidad- y de las partes– con sus derechos a la defensa”. En otros términos, no puede existir la jerarquización de uno sobre el otro dado que el garantismo sin eficacia no es aceptable y la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles”. (Quiroz, 2017, p. 07)

“Por tanto, el pensamiento jurídico que será tomado en consideración en la presente investigación será en que ambas tendencias (garantismo y eficacia) son complementarias y que debe preferirse la armonización y la compatibilidad entre ambas, a partir de la cual se desea obtener la eficacia en el proceso con pleno respeto de las garantías procesales del juez y de las partes procesales”. (Quiroz, 2017, p. 07-08)

“En base a lo expuesto en las líneas precedentes, y teniendo en cuenta los criterios de la finalidad garantista-eficaz en el proceso penal, así como la interpretación conforme a la Constitución (postpositivismo), el presente trabajo apunta a determinar cuál es la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal. Para ello, responderemos dos interrogantes: la primera versa acerca de si se encuentra justificado constitucionalmente, bajo el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima, que a una persona imputada, de haber cometido determinado delito, se le desvincule procesalmente de la pretensión procesal punitiva, construida inicialmente por el fiscal, debido a que no se logró acreditar el tipo penal atribuido; y, la segunda trata sobre si se encuentra justificado constitucionalmente, bajo el argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la no satisfacción y de la reparación del daño a la víctima, que a una persona imputada pueda atribuírsele una nueva pretensión (alternativa a la primera atribuida por el fiscal) correspondiente a una nueva figura penal del mismo bien jurídico del tipo penal establecido inicialmente. A través de las respuestas a dichas cuestiones, demostraremos que no existe razón de existencia de la figura de la desvinculación procesal dado que vulnera y transgrede los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado

en el marco del proceso penal peruano (de índole garantista)". (Quiroz, 2017, p. 08)

“Para cumplir dicho objetivo, se examinarán el modelo actual del proceso penal peruano, la figura de la desvinculación procesal penal y su incompatibilidad. Asimismo, también se analizarán a profundidad las bases teóricas de los tres sujetos procesales intervinientes en todo proceso penal iniciado por la comisión de cualquier delito de acción pública; es decir, aquellos principios penales y constitucionales que son la base y el cimiento de los órganos involucrados en el proceso penal (Ministerio Público y Poder Judicial) y aquellos derechos fundamentales y las garantías procesales que respaldan y protegen al imputado. Recordemos que, de acuerdo al postpositivista Prieto Sanchís, detrás de cada precepto legal, se adivina siempre una norma constitucional que lo confirme o lo contradice. Finalmente, se realizará el test de proporcionalidad (método de la ponderación judicial para resolver un caso particular) entre los principios, derechos fundamentales o garantías procesales que se encuentren en contraposición con la finalidad de determinar la incompatibilidad de la figura de la desvinculación procesal en el proceso penal garantista peruano y, sobretodo, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro”. (Quiroz, 2017, p. 08-09)

ENFOQUE DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO COMPARADO - ESPAÑA

La tesis de desvinculación del artículo 733 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Una vez formuladas las conclusiones definitivas y habiendo sido o no modificadas las provisionales, puede suceder que el Tribunal considere que el hecho punible ha sido calificado de forma errónea”. (Iberley, 2014)

“En este caso, el Art. 733, LECRIM, para el procedimiento ordinario, otorga al Tribunal la posibilidad de plantear a las partes la conocida doctrinalmente como tesis de desvinculación, es decir, una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por éstas”. (Iberley, 2014)

“El fundamento de la tesis de desvinculación es complejo, pues la interpretación jurisprudencial de los principios constitucionales “ad hoc” ha venido a complicar el tema. En principio se afirmaba que la tesis de desvinculación era un acto inquisitivo del órgano jurisdiccional y por ello una alteración del principio acusatorio. Pero también y al mismo tiempo, una concreción del principio de contradicción”. (Iberley, 2014)

Dispone el Art. 733 ,LECRIM lo siguiente: “Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número ... del artículo ... del Código Penal.

“Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, que sea materia de juicio”. (Iberley, 2014)

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día”. (Iberley, 2014)

“La cuestión de la tesis de desvinculación, al igual que en nuestro país, es bastante discutida en otros ordenamientos jurídicos. En algunos, como el español, debaten esta tesis sobre la base de si constituye esta una vulneración a los principios refrendados en la constitución que devienen además como garantías procesales del acusado. Si para bien el debate, considero, no se limita a su admisibilidad o no en el ordenamiento jurídico español, pues ello queda claro, también es para bien que los académicos y operadores jurídicos centran sus discusiones en busca de una mejor sustanciación y reacomodo de la “tesis” del artículo 733 de la ley de enjuiciamiento criminal en el respectivo ordenamiento. La doctrina jurisprudencial española, tanto del tribunal Constitucional como del tribunal Supremo, ha afirmado que el principio acusatorio forma parte del entramado de derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución”. (Aguilar, 2014)

“En este sentido la vinculación del tribunal es doble: de un lado es cuantitativa a la petición de la pena de las partes, entendido en el sentido de la imposibilidad legal para el tribunal legal que no ha utilizado el Art. 733 de imponer una pena superior a la prevista en la norma penal invocada por las partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas, y otra vinculación cualitativa al hecho objeto de las calificaciones, y sobre el que ha recaído la actividad probatoria en el juicio. No obstante, el tribunal podría variar la calificación jurídica cuando se mantenga la identidad esencial del hecho acusado, sin que el principio “iura novit curia” pueda romper esa identidad fáctica y normativa sustancial. Afirma que no existe una vinculación a la pena y ello se fundamenta en la vigencia del principio “iura novit curia” que permite al tribunal recorrer la pena señalada al tipo penal, y en la inaplicabilidad del principio dispositivo al proceso penal”. (Aguilar, 2014)

“La postura doctrinal se concreta en ciertos extremos como son: que el tribunal sin hacer uso del planteamiento de la “tesis” del artículo 733 puede en virtud del principio “iura novit curia” condenar por delito distinto al calificado siempre que: permaneciendo intangible el hecho de que es acusado, exista identidad del bien jurídico protegido y siempre que la pena supuesta no sea de mayor gravedad que la postulada por la acusación. (Art. 851.4 lecrim). Si la sentencia condena por el mismo delito que el que ha sido contemplado por la acusación, puede recorrer la penalidad correspondiente al tipo penal, sin sujeción a la pena solicitada por la acusación”. (Aguilar, 2014)

CONSIDERACIONES SOBRE EL IURA NOVIT CURIA

“Respecto al Poder Judicial, describiremos en qué radican los principios iura novit curia y la imparcialidad judicial dado que el rol del juez ha cambiado con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Como se dijo, la nueva función del magistrado es la de director de debate y, de acuerdo a lo establecido en la Casación N° 328-2012-Ica, se precisa que el juez debe ser garantista de los derechos fundamentales del procesado”. (Quiroz, 2017, p. 15)

“En primer lugar, el principio iura novit curia se encuentra establecido en el Código Civil, Código Procesal Civil y Código Procesal Constitucional⁴², y hace referencia a la obligación que tiene el juez de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda. De acuerdo a este principio, se presume el conocimiento del Derecho aplicable por parte del juez. Por ello, se hace referencia a que el principio iura novit curia es garante para las partes procesales ya que el juez no puede apartarse y excusarse aduciendo ignorancia”. (Quiroz, 2017, p. 15)

“El iura novit curia hace referencia a la libertad que tiene el juez para decidir la norma jurídica que, de acuerdo a su criterio, proporciona la solución al conflicto entre las partes procesales, las cuales no poseen capacidad alguna para incidir en la decisión del magistrado⁴⁴. De ese modo, pueden presentarse errores u omisiones y, en virtud de este principio, se le faculta al juez para dotar de un fundamento normativo diverso a los hechos alegados por las partes⁴⁵. El fundamento de este principio radica en el principio de igualdad de las partes procesales ya que si las decisiones judiciales son adoptadas conforme a criterios jurídicos distintos, se rompería la uniformidad del juicio”. (Quiroz, 2017, p. 15)

“El Tribunal Constitucional ha establecido que el magistrado tiene la facultad y el deber de identificar aquella norma jurídica que servirá de fundamento a la pretensión solicitada a pesar que no se encuentre establecida de manera expresa en la demanda; en otras palabras, gracias a este principio, el juez subsanará el error de derecho cometido por la parte demandante”. (Quiroz, 2017, p. 15-16)

“Nieva Fenoll y Montero Aroca sostienen que la aplicación del Derecho conocido por el Juez no se encuentra supeditado a lo que digan las partes, sino que se establecen límites (los cuales son dos criterios para la aplicación de esta figura) a los siguientes: los hechos (en virtud de su inmutabilidad) y el principio de homogeneidad del bien jurídico. Siguiendo dicha postura, la Corte Suprema peruana ha precisado, en el fundamento 12 del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, la exigencia la homogeneidad del bien jurídico afectado representa una limitación al principio *iura novit curia* ya que se expresan conductas estructuralmente semejantes”. (Por Quiroz, 2017, p. 16).

2.2.1.2. CONSIDERACIONES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

En este apartado lo que se desarrolla es el principio acusatorio como una característica esencial de nuestro Código Procesal Penal del 2004; como se ha advertido en líneas precedentes, existe un conflicto, una tensión entre la aplicación de la desvinculación jurídica y el principio acusatorio, razón por la cual es importante desarrollar este tópico.

La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a).- Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional

sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b).- Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c).- Que no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección materia del proceso que cuestione su imparcialidad. (Exp. N 2005-2006-PHC)

“En el sistema penal acusatorio, el juez deberá ser imparcial y neutral y no puede tener injerencia en el proceso. Éste sólo debe resolver en virtud de los hechos, los fundamentos jurídicos y las pruebas aducidas por las partes procesales, observando teniendo en cuenta una actitud pasiva y distante durante la práctica del material probatorio”. (Por Quiroz, 2017, p. 16).

“Ferrajoli sostiene que la aplicación del principio de la imparcialidad judicial en el ámbito del proceso penal se realiza de manera diferente ante un proceso penal acusatorio y uno que es inquisitivo”. (Por Quiroz, 2017, p. 16).

“Por un lado, señala que, en el proceso penal acusatorio, existe un juez pasivo que se encuentra rígidamente separado de las partes procesales y que el juicio es una contienda entre partes iguales. De esta manera, a la parte que acusó le corresponde la carga de la prueba y, en contraposición a ella, se presenta la defensa técnica del imputado. Finalmente, el juez juzgará según su libre convicción. De otro lado, el proceso penal inquisitivo es aquel sistema procesal donde el juez actúa de oficio y tiene la función de buscar, recolectar y valorar las pruebas obtenidas. Como consecuencia de ello, se limita el principio de contradicción y el derecho de defensa del imputado”. (Por Quiroz, 2017, p. 16-17).

“El proceso acusatorio ha evolucionado a partir del proceso germánico que estuvo vigente a lo largo de toda la Edad Media para la resolución de acusaciones relativas a ilícitos. El acusatorio es un proceso que, como regla, se inicia a instancia del ofendido o de sus parientes mediante la formulación de una acusación (Klage) y en el que no se busca la verdad material ni se investigan todos los hechos para extraer de los mismos un juicio fáctico definitivo. El objeto de la prueba en este proceso se centra fundamentalmente en la cuestión jurídica relativa a la culpabilidad o inocencia y la prueba se presenta unilateralmente por una de las partes, aquella que se encuentre más próxima al elemento de prueba”. (SCHMIDT, por Kai, 2010, p. 04)

PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRINCIPIO DISPOSITIVO: LA VERDADERA CIENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.- “Sucede sin embargo, hoy en día, que la vigencia del principio acusatorio se equipara -tendencia! Y en algunos casos, prácticamente- a la del principio dispositivo, provocando importantes disfunciones y condiciones a la paradójica situación de un juez penal al que acaban reconociéndole muchas menos facultades para la tutela de intereses públicos -que subyacen al proceso y que sólo a través suyo pueden realizarse- que otro juez civil que se sitúa como es conocido en una posición bien diferente”. (Armenta, 2009, p. 219)

“No conviene predicar del proceso acusatorio, por tanto, todo aquello que corresponde a uno informado por el principio dispositivo, por más que así sucediera en los orígenes de la persecución procesal penal; ni mucho menos defender que es tanto más acusatorio aquel proceso que más coarta la actividad jurisdiccional, sin distinguir si ésta se proyecta sobre el objeto del proceso -en cuyo supuesto se perdería la imparcialidad- o si se realiza sobre otros muchos

aspectos, en los que no puede sino que debe intervenir para cotutelar el interés público en juego”. (Armenta, 2009, p. 219)

“Resulta un contrasentido que en nombre del principio acusatorio se refuercen, como se verá después, posiciones de la acusación oficial, hasta el punto de permitirse disponer de la acusación, una vez formulada, y con ello de la persecución penal. En tanto, paralelamente, se merman las funciones jurisdiccionales de aplicación del derecho penal a los hechos so pretexto de parcialidad”. (Armenta, 2009, p. 219)

“La paradójica situación implica disminuir la valoración jurídica atribuible a los órganos jurisdiccionales respecto de los hechos objeto de juicio y, en cambio, atribuir a las partes formales un poder sobre el derecho (penal) que no tiene fundamento suficiente. Cuestión diferente, como veremos después, es la •salvaguarda de la contradicción y el derecho de defensa”. (Armenta, 2009, p. 219)

“Llegados a este punto hay que• preguntarse: ¿En qué consiste, en definitiva, la esencia del principio acusatorio? Y una vez determinado este aspecto ¿Sobre qué se proyecta?

El principio acusatorio informa aquel proceso que no puede iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un sujeto diferente del juez (Nemo iudex sine actore, Wo kein Klager, da Kein Richter). Consecuencia inmediata y buscada es la imparcialidad de este último y el que no quepa condena por hechos distintos de los acusados ni a persona diferente de aquélla que figura en la acusación”. (Armenta, 2009, p. 219)

“La necesidad de un sujeto diverso del enjuiciador que ejercite y sostenga la acción penal, corresponde, como hemos visto, a la inicial concepción del derecho penal que al irse convirtiendo en público, y unido a las quiebras detectadas en el proceso acusatorio (delaciones, falta de realización del derecho penal) obligó a incorporar al MF a título de garante y representante del interés público en la persecución penal, a la par que se aseguraba la imparcialidad del juez frente a dos partes en posición contradictoria”. (Armenta, 2009, p. 219)

“En un determinado sentido bastaría afirmar que el proceso acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquél que juzgará; circunstancia ésta que se ve reforzada en nuestro sistema por el hecho de encontrarse dividido el proceso en dos fases: instructora y decisoria”. (Armenta, 2009, p. 219)

“Esta configuración del proceso que sitúa al órgano jurisdiccional en una posición imparcial, impidiéndole actuar si alguien no ejercita la acción, posición que, ciertamente, tiene a primera vista claras resonancias del proceso informado por el principio dispositivo ¿puede llevar a una asimilación entre ambos? Con otras palabras ¿puede defenderse la existencia de un poder de disposición sobre la incoación y la continuidad o al final del proceso?” (Armenta, 2009, p. 220)

“Que se presente o no una denuncia, una querrela o un atestado no representa poder de disposición alguno sobre la persecución penal, desde el momento en que el proceso no se impide, si la noticia criminis llega al juez por otros medios; amén de las diferentes garantías contempladas en el

ordenamiento, a efectos de que tal conocimiento se alcance”. (Armenta, 2009, p. 220)

“Incluso la iniciación ex officio, frecuentemente tildada de residuo inquisitivo, ni por supuesto implica poder de disposición alguno, ni merece dicha valorización. En el primer caso, por la sumisión a la ley del órgano jurisdiccional. En el segundo, porque la incoación del sumario no implica ejercicio de la acción alguno y, porque en el supuesto en que el MF desistiera, a falta de prohibición en tal sentido como existe en otros ordenamientos⁵¹, sólo habría que velar porque no fuera el juez enjuiciador”. (Armenta, 2009, p. 220).

2.2.1.3. POSIBILIDAD DE MODIFICAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA CONTENIDA EN LA ACUSACIÓN – INCISO 1 DEL ARTÍCULO 374 DEL CPP

Ahora bien, ¿resulta posible efectuar la modificación de la calificación jurídica en el juicio oral? La respuesta es afirmativa si consideramos lo establecido en el inciso 1 del artículo 374 del NCPP que en efecto prevé esta posibilidad:

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.

“Para abordar este tema cabe precisar que el Acuerdo Plenario N.º 06-2009-CJ/116 establece que la necesidad de informar de la acusación no alcanza solo a los hechos sino también al derecho, vale decir, al tipo penal atribuido. La consecuencia de poner en conocimiento de esta información al acusado determinará la posibilidad de que el imputado plantee una estrategia de defensa en relación con el fundamento jurídico y su incumplimiento generará una infracción al derecho fundamental de defensa”. (Castillo, 2016, p. 254)

“Empero, esta delimitación de la calificación jurídica contenida en la acusación no determina la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional aplique el derecho que corresponda al caso en el ejercicio del iura novit curia que es el fundamento del artículo 374 del NCPP del 2004, precedentemente expuesto”. (Castillo, 2016, p. 254)

“Al respecto, cabe precisar que la calificación jurídica del hecho delimitado en la acusación fiscal no vincula al órgano jurisdiccional; pues, por el principio antes aludido, la solución jurídica del caso le corresponde al órgano jurisdiccional como expresión de los poderes de la jurisdicción de los que no puede renunciar a favor de ninguna de las partes, por el contrario se le impone el deber de conocer y aplicar el derecho al caso concreto”. (Castillo, 2016, p. 254)

“El Estado, al ser titular de la jurisdicción y del ius puniendi, se desdobra en dos. Por un lado actúa como juzgador y, por otro, actúa como acusador; funciones que recaen en personas diferentes. La función acusadora se le ha atribuido al Ministerio Público, con lo cual existen dos partes contrapuestas y un tercero imparcial que resuelve. Partiendo de estos roles, el pretender que el órgano jurisdiccional se encuentre vinculado por la calificación que realice el

acusador no solamente iría contra el esquema esencial de todo proceso, sino además involucraría despojarle al juez de los poderes de jurisdicción que ejerce, cediéndola a la parte acusadora, lo que a su vez, trastocaría el proceso penal a una especie de modelo inquisitivo invertido a favor del Ministerio Público; quien, por último, terminaría actuando como acusador y, en parte como juzgador, con poderes que no le corresponden ejercer dentro del proceso penal”. (Castillo, 2016, p. 254)

“Este análisis resulta adecuado y nos permite señalar que la delimitación de la calificación jurídica en la acusación escrita no supone el desconocimiento o anulación de los poderes del juez de calificar adecuadamente los hechos incriminados conforme estime más ajustado a derecho en ejercicio del iura novit curia”. (Castillo, 2016, p. 255)

¿Por qué ejercer este poder?

“Al respecto, la acusación que plantea el Ministerio Público debería contener una sólida teoría jurídica, pues se entiende que el fiscal ha seleccionado la norma penal que calza en el hecho denunciado; no obstante, se producen muchas veces yerros en esta selección. Una errónea calificación jurídica genera impunidad al no responder el hecho incriminado a las exigencias del tipo penal”. (Castillo, 2016, p. 255)

¿Qué hacer entonces en este supuesto?

“El inciso 1 del artículo 374 del NCPP le otorga al juez la facultad de advertir a las partes sobre una posible calificación jurídica distinta a la del fiscal; además señala el artículo aludido, con el fin de facilitar el debate y el derecho de

contradicción, las partes pueden ofrecer la prueba necesaria que corresponda. Esta facultad de calificación jurídica del juez puede ser planteada sin necesidad de que sea acogida por las partes, vale decir, por el fiscal o la defensa, de manera que puede ser distinta a la del acusador”. (Castillo, 2016, p. 255)

“En aplicación del *iura novit curia*, el marco normativo sugerido es indicativo—el juez está atado a la ley y no a los errores⁶, vale recordar—, ya que eventualmente un fiscal podría haber invocado erradamente el referente normativo. En este panorama, el juez podría estimar como correcta la calificación jurídica del fiscal, pero también podría estimar que no es aplicable al caso enjuiciado por lo que puede formular su propia calificación jurídica. Claro está, la calificación jurídica puede ser modificada por el juzgador sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos esenciales de la acusación”. (Castillo, 2016, p. 255)

Con lo expuesto podemos precisar entonces lo siguiente:

– “Si el juez advierte el cambio de calificación jurídica, debe manifestarlo a las partes, expresando los motivos del por qué considera que la calificación debe ser distinta”.

– “El fiscal podría admitir la necesidad de modificar la calificación jurídica, en cuyo caso procederá a corregir la calificación jurídica de la acusación”.

– “El fiscal podría estar en desacuerdo con la modificación de la calificación jurídica planteada. Empero, como se ha indicado, el órgano jurisdiccional no se encuentra vinculado por la calificación que realice el acusador; por lo tanto, el criterio del juez debe mantenerse pese a la oposición

del fiscal, y la opción jurídica planteada debe ser considerada como materia del debate para ser considerada en la sentencia”. (Castillo, 2016, p. 255-256)

También resulta provechosa la aplicación del artículo citado pues podría ser invocado por cualquiera de las partes en el juicio oral, a fin de que el juez del juzgamiento aplique el derecho que corresponda, fundamentalmente por el fiscal para corregir eventuales errores en la calificación jurídica del hecho imputado advertidos recién en el juicio oral, repárese por ejemplo el siguiente supuesto:

– “Se acusó a A por la comisión del delito de peculado, pues en su condición de supervisor de una obra X se habría apropiado de los caudales destinados a la construcción de la misma. Más aún, a pesar de esto, habría informado la conclusión de la obra en un 100 %; cuando en realidad, faltaría ejecutarse el 2 %, que representa un monto económico de S/ 15000.00 soles. Con el agregado de que el informe falso del supervisor de obra determinó que se efectúe el pago a la empresa que ejecutó la obra”. (Castillo, 2016, p. 256)

– ¿Qué pasaría si este caso es sometido a juicio oral? “Se evidencia claramente que los hechos denunciados no tienen cabida en el tipo penal de peculado por apropiación, pues el supervisor de obra no efectuó acciones de administración, percepción o custodia de caudales o efectos del Estado”. (Castillo, 2016, p. 256)

– “Pero, ¿qué hacer si no fue advertido en la audiencia de control de acusación y estratégicamente fue dejado pasar por la defensa?, ¿cómo corregir o subsanar el error? Si no se invoca el *iura novit curia*, efectuado por el juzgador o invocado por las partes, caería en el supuesto planteado en impunidad, pues se dejaría pasar la eventual comisión del delito de negociación incompatible en

concurso aparente con la falsedad ideológica del supervisor de obra. Tampoco podría plantearse una acusación complementaria debido a que no se trata de un hecho nuevo, sino es en estricto el mismo hecho calificado erradamente, en efecto, se tiene que una acusación complementaria involucra la existencia de un hecho nuevo advertido con posterioridad de la primigenia acusación escrita”. (Castillo, 2016, p. 256)

“En este contexto resulta adecuada la aplicación de la modificación de la calificación jurídica. Empero, ¿existe algún límite a este poder?, vale decir, ¿se puede modificar la calificación jurídica de un delito acusado a cualquier otro establecido en el Código Penal?”. (Castillo, 2016, p. 256-257)

“El Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116 emitido con relación a los alcances de la desvinculación procesal, en referencia al artículo 285-A del Código de Procedimiento Penales —cuyo supuesto de hecho resulta distinto al previsto en el artículo 374 del NCPP del 2004—, sostuvo que existe la posibilidad de que el tribunal efectúe una nueva calificación jurídica, empero, bajo el respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido”. (Castillo, 2016, p. 257)

“Por ello, considerando lo establecido en el Acuerdo Plenario aludido, se podría sostener que para que el órgano jurisdiccional efectúe una nueva calificación jurídica, la calificación jurídica que se proponga debe ser homogénea con la calificación propuesta por el fiscal en la acusación”. (Castillo, 2016, p. 257)

“Se entiende que se presenta homogeneidad de delitos cuando aquellos constituyen modalidades distintas, pero cercanas dentro de la tipicidad penal, cuyo hecho histórico subsumible resulta en una figura penal que lesione lesiona

el mismo bien jurídico protegido, en tanto expresen conductas estructuralmente semejantes”. (Castillo, 2016, p. 257)

No obstante, en casos prácticos no resulta tan fácil sostener este supuesto, respecto a la homogeneidad, en efecto tenemos lo siguiente:

“Se ha acusado a A por el delito de peculado por extensión —artículos 387 y 390 del Código Penal—, empero, luego de la actuación probatoria se determina que su conducta configura el delito de apropiación ilícita del depositario judicial —segundo párrafo del artículo 190 del Código Penal—; ambos delitos tienen una estructura semejante, pero no protegen el mismo bien jurídico. Si bien los Acuerdos Plenarios N.os 4-2007/CJ-116 y 06-2009/CJ-116 dan cuenta de que la modificación de la calificación jurídica debe respetar la homogeneidad del bien jurídico, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.º 3393-2010-Arequipa se desvinculó de la acusación fiscal, sosteniendo que la tipificación del hecho punible puede ser alterado de oficio, cuando existe un error en la subsunción normativa propuesta por la Fiscalía. En este caso, la Corte Suprema se desvinculó adecuadamente sin considerar el principio de homogeneidad del bien jurídico del delito de peculado por extensión al delito de apropiación ilícita”. (Castillo, 2016, p. 257)

“Como se puede advertir, la realidad determina que no resulta posible limitar la facultad del juez en proponer una distinta calificación jurídica y si se seguiría el criterio de homogeneidad no hubiera sido posible resolver el caso”. (Castillo, 2016, p. 257)

“En otro caso, la Corte Suprema en la Casación N.º 244-2013-Arequipa se desvinculó de la acusación fiscal sin considerar la homogeneidad del bien jurídico”. (Castillo, 2016, p. 257)

“En efecto, en el caso mencionado, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación del ex rector Rolando Cornejo Cuervo de la Universidad Nacional San Agustín y ,actuando en sede de instancia, revocó la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que condenó a Rolando Cornejo Cuervo en calidad de autor y Pablo Raúl Fernández como cómplice primario, imponiéndoles, a partir de una imputación fiscal de apropiación dolosa de fondos del Estado por S/. 658 895.59 nuevos soles, pena privativa de la libertad por un periodo de 42 y 24 meses respectivamente, inhabilitación para el ejercicio del cargo por 36 y 12 meses respectivamente y el pago de una reparación civil solidaria por la suma de S/. 678 895.59 nuevos soles. La mencionada sala, a través de esta sentencia de casación, estableció que la conducta atribuida a Cornejo Cuervo no se trataba de peculado doloso sino más bien de su modalidad culposa, y recondujo el comportamiento al de peculado culposo, por lo cual este último delito, además, fue declarado prescrito”. (Castillo, 2016, p. 258)

“Propiamente no nos encontramos frente a una homogeneidad. Repárese que se entiende por homogeneidad de delitos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, cuyo hecho histórico subsumible resulta en una figura penal que lesiona el mismo bien jurídico protegido, en tanto expresen conductas estructuralmente semejantes. En

el caso concreto se varió el elemento subjetivo de la acusación de dolo a culpa que cambia estructuralmente la homogeneidad delictiva”. (Castillo, 2016, p. 258)

Si conforme se ha mencionado resulta posible efectuar la modificación de la calificación jurídica por el juez, ¿cómo se determinaría la pena?

“El Acuerdo Plenario N.º 4-2009-CJ/116 ha establecido que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales y que se encuentra esencialmente unida a la función de juzgar, dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El petitum o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego y en la concepción asumida por el NCPP tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial dentro de la organización del Estado”. (Castillo, 2016, p. 258-259)

“El artículo 397, inciso 3, del NCPP del 2004 fija como regla que el tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”. (Castillo, 2016, p. 259)

“Así, se advierte que el NCPP del 2004 impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Pero no impide que el juez aplique la pena que corresponda a un determinado delito”. (Castillo, 2016, p. 259)

“En este escenario, a grandes rasgos, corresponderá al órgano jurisdiccional conforme lo establece el artículo 45-A del Código Penal, verificar la pena abstracta para el delito recalificado, procediendo luego a dividir dicho marco penal en tres, verificando el espacio punitivo del primero, segundo y tercer tercio, para concluir en establecer la pena individualizada considerando la concurrencia de las circunstancias de atenuación y agravación, esto es, las previstas en el artículo 46 del Código Penal”. (Castillo, 2016, p. 259).

2.2.4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE RESPECTO DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

El desarrollo de la jurisprudencia nacional respecto a la desvinculación jurídica está materializado en Acuerdos Plenarios, Casaciones, Recursos de Nulidad y sentencias de vista de casos relevantes, donde en buena cuenta se desarrollan algunas pautas para aplicar esta figura procesal, asimismo, precisan y justifican la vigencia de esta figura en el contexto de un proceso penal acusatorio:

Desvinculación Jurídica

1.- Casación 704-2015, Pasco [En audiencia de prisión preventiva no se puede discutir la tipicidad del hecho imputado, ni la calificación jurídica]

Sumilla: La audiencia de prisión preventiva.- El objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal (previstas en el artículo 268 del Código Procesal Penal). De ninguna manera esta audiencia está

supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta.

2.- Cambio del título de intervención delictiva, [RECURSO CASACIÓN N° 317-2018/ICA]

ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA – DERECHO A LA PRUEBA

Sumilla. 1. En el presente caso, se cambió el título de intervención delictiva del acusado, de autor mediato al de autor material directo, al excluirse, como inicialmente se postuló, que un tercero, por órdenes suyas, mató a la agraviada, sin que varíe la afirmada intervención de otras personas en la ejecución típica. El hecho nuevo consistió, más allá de la variación del título de intervención delictiva, en que el imputado, según la Fiscalía, fue quien disparó a la agraviada, no un desconocido por orden de él. La calificación legal, en el ámbito del título de intervención delictiva, como consecuencia de ese cambio de situación fáctica, varió y, por consiguiente, generó de parte del Ministerio Público una acusación complementaria. Tal acusación es lícita. 2. La literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos.- Un esclarecimiento en este punto, pese a que mediaron dos informes periciales de parte en sentido contrario, resultaba indispensable, tanto más si sobre las hipótesis alternativas propuestas por la defensa en este punto no se produjo un examen pericial puntual y riguroso.

3.- Desarrollo jurisprudencial sobre la desvinculación jurídica [Casación 659-2014, Puno]

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

4.- Al variar calificación jurídica juez debe dar oportunidad de generar el contradictorio [Casación 828-2014, Lambayeque]

Sumilla: La competencia constitucional asignada al Ministerio Público es eminentemente postulatoria, por ello la facultad del órgano jurisdiccional de apartarse de los términos estrictos de la **acusación fiscal**, en tanto respete 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. En ese sentido, el presente caso el *Ad quo* de oficio, varió la **calificación jurídica** propuesta por el Fiscal en su requerimiento acusatorio contra el encausado; sin embargo, dicho pronunciamiento vulneró su **derecho de defensa**, pues dicha decisión le causó agravio al no tener la oportunidad de generar el contradictorio.

5.- Modificación del tipo penal en segunda instancia [Casación 617-2015, Huaura]

Sumilla: Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el juez de primera instancia.

6.- El principio acusatorio y de jerarquía en el Ministerio Público [R.N. 2386-2015, Puno]

Sumilla. El criterio de la instancia fiscal de mayor jerarquía desautoriza la pretensión del órgano de menor nivel funcional, al ser un cuerpo organizado escalonadamente; en consecuencia, bajo las reglas del principio acusatorio, si se diluye la imputación penal, el órgano jurisdiccional no puede continuar con la causa, porque dejó de existir carga en contra del encausado.

2.2.5. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO

2.2.5.1. NORMATIVA NACIONAL

2.2.5.1.1. RESPECTO A LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal

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.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940

“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 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.

Código Procesal Civil de 1984

Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil - *Iura Novit Curia*

El aforismo *Iura Novit Curia* se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento procesal en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil ('CPC') que establece: *“El Juez debe de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las parte o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”*.

Como sabemos, el citado principio implica dos garantías: (i) la proscripción que el Juez pueda incorporar al proceso hechos no invocados – oportunamente – por las partes, ya sea por su conocimiento privado o por otras circunstancias; y, (ii) la libertad del Juez de poder subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro del tipo legal que corresponda. En el presente comentario nos enfocaremos en esta segunda garantía.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. DESVINCULACIÓN JURÍDICA

“Figura Procesal, en la que el Juez Penal unipersonal o colegiado, puede desvincularse de la acusación fiscal, si en el trámite del juicio oral, antes de la culminación de la actividad probatoria, observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos, que no ha sido considerada por el Ministerio Público. Sin embargo, para acogerse a la aplicación de esta figura el órgano jurisdicción, pondrá en conocimiento al Ministerio Público y del Procesado, a fin de que se pronuncien a respecto, con el pronunciamiento de los sujetos procesales precitados el Juez podrá desvincularse de la acusación Fiscal”. (Pérez, 2012)

“La posibilidad de una nueva calificación jurídica de los hechos deber ser advertida por el Juez Penal al Fiscal y al imputado con la finalidad de garantizar el derecho de defensa. Frente a ello las partes se pronunciaran expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y de ser el caso propondrán nueva prueba”. (Pérez, 2012)

2.3.2. PRINCIPIO ACUSATORIO

“El principio acusatorio es aquel principio inspirador del proceso penal según el cual el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto del proceso (hechos y personas contra las que se dirige) y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos”. (Wolters Kluwer, s/f)

“El llamado **principio acusatorio** caracteriza nuestro sistema procesal penal. Supone la existencia de una serie de limitaciones o condicionantes

procesales, tales como la imposibilidad de decretar la apertura del juicio oral sin una acusación previa, la vinculación de la sentencia a los hechos, a la calificación jurídica y a la petición punitiva reclamada por la acusación y la prohibición de la *reformatio in peius*, que impedirá al Tribunal de apelación agravar la situación del acusado cuando sea únicamente él quien recurra. Se trata, por tanto, de un compendio de limitaciones o garantías que la jurisprudencia constitucional viene integrando dentro del derecho a un proceso justo y equitativo, directamente conectadas con la efectividad del derecho de defensa”. (Información jurídica inteligente, s/f)

2.3.3. DERECHO DE DEFENSA

“Con lo que respecta al marco normativo del derecho a la defensa en el Perú, el art. 139º inciso 14 de la Constitución Política ha señalado que una persona no puede ser privada del derecho a la defensa en ningún estado del proceso, lo cual implica que desde el inicio de todo proceso el imputado tiene derecho a ejercer libremente su defensa bajo la dirección de un abogado de su elección o, si no pudiera acceder a uno, por el defensor público que el Estado le proporcione; lo cual tiene relación directa con el principio de contradicción”. (Ruiz, 2017)

“Por otro lado, en cuanto al contenido esencial del derecho a la defensa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) ha establecido que este derecho es un reflejo intrínseco del derecho al debido proceso, en la medida que este último derecho se ha de entender como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier

acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos” (Ruiz, 2017)

“El derecho a la defensa, entonces, es un componente central del debido proceso que determina y obliga al Estado a que trate al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. En tal sentido, el derecho a la defensa debe ejercerse necesariamente desde que se sindicada (imputa) a una persona como posible responsable (autor) o cooperador (partícipe) de un hecho punible penalmente y sólo culminará cuando finaliza el proceso, incluyendo, según la Corte, también la etapa de ejecución de la pena”. (Ruiz, 2017)

“Asimismo, se ha de tener en cuenta que el derecho a la defensa, dentro del proceso penal, se materializa y se proyecta en dos facetas: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas”. (Ruiz, 2017),

2.3.4. GARANTISMO PENAL

“El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado”. (Carbonell, 2009)

“Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural”. (Carbonell, 2009)

“Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Las garantías penales procesales tienen por objetivo la averiguación de la verdad fáctica”. (Carbonell, 2009)

“El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de garantía. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional”. (Carbonell, 2009)

“El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente

con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico)". (Carbonell, 2009)

“Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales. Sobre este punto Marina Gascón afirma que “la teoría general del garantismo arranca de la idea –presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos”. (Carbonell, 2009)

2.3.5. SENTENCIA PENAL

La Sentencia es la resolución judicial posterior a la celebración del juicio que, con carácter general, pone fin al proceso.

La Sentencia penal resuelve la cuestión criminal, condenando o absolviendo al acusado del delito o delitos imputados. En el procedimiento criminal no caben posiciones intermedias, debiendo dictarse siempre Sentencia condenatoria (aceptando total o parcialmente las peticiones de los acusadores) o absolutoria. (Wolters kluwer, s/f)

2.3.6. CORRELACIÓN ACUSACIÓN Y SENTENCIA

“Al momento de precisar el alcance de la correlación acusación-sentencia se presentan serios problemas de aplicación, pues concurren varios principios fundamentales del proceso penal, que requieren de un adecuado balance de fuerzas; de una parte está la vigencia del acusatorio, con la presencia de un tribunal equidistante de las partes, que esté separado de la acusación y al mismo tiempo debe lograrse un enjuiciamiento con todas las garantías y sin que se produzca indefensión, para lo cual hay que garantizar una satisfactoria bilateralidad, con plena contradicción”. (Mendoza, 2009)

“Existe un criterio preponderante en la doctrina de que la exigida congruencia sólo debe darse con el objeto del proceso, definido ya como los hechos que conforman la acusación y no así con el resto de los aspectos que integran el pliego acusatorio, como la fundamentación jurídica o título de la pena y la sanción concreta que se interesa, pues en el proceso penal impera el principio *iura novit curia*, que condiciona que el Tribunal no deba hacer depender su calificación de lo planteado por el fiscal, sino que está sujeto al apego a la norma, según su propio criterio de tipificación. Este principio, que tiene vigencia en toda la actividad jurisdiccional, incluida la administración de justicia civil, en que los intereses en disputa son disponibles, adquiere en el proceso penal una mayor relevancia, pues el derecho aplicable es totalmente indisponible, lo que hace que algunos autores insistan de tal manera en la preponderancia de este brocardo en el proceso penal que sostienen que hipotéticamente es admisible que en un juicio el fiscal impute un hecho sin necesidad de plantear la calificación jurídica del mismo, pues el hecho es el que constituye el verdadero fundamento objetivo de la imputación”. (Mendoza, 2009)

“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”. (Mendoza, 2009)

“La solución que la normativa española originaria dio a este problema y que heredamos los cubanos en nuestra actual Ley de Procedimiento Penal, es la conocida tesis de desvinculación, mediante la cual el Tribunal está en la obligación de alertar al imputado sobre los cambios que se puedan presentar en cuanto a la calificación del delito, la apreciación de nuevas circunstancias y el incremento de la pena. A pesar del tiempo transcurrido, este tema es aún muy polémico, pues un sector de la doctrina considera que el uso de la tesis de desvinculación, si bien tributa al contradictorio y a evitar la indefensión, es una violación del principio acusatorio y es visto como un acto típicamente inquisitivo”. (Mendoza, 2009)

2.5. OPERACIÓN DEL EJE TEMÁTICO (dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumento), en el Marco del MAPIC.

EJE TEMÁTICO	DIMENSIONES	INDICADORES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<p>“DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA Y LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO”.</p>	<p>1.- La desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana.</p>	<p>1.1. Desarrollo por la Corte Suprema. 1.2. Desarrollo por el Tribunal Constitucional. 1.3. Desarrollo en las sentencias de la Cortes Superiores (Caso Aymarazo).</p>	<p>1.- Método Sistemático</p>	<p>-Análisis de contenido -Parfraseo -Resumen -Consulta bibliográfica</p>	<p>-Fichas de análisis de contenido -Ficha de Resumen -Fichas bibliográficas.</p>
	<p>2.- Infracción del Principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica.</p>	<p>2.1. Modelo Acusatorio. 2.2. Principio de Imparcialidad del Juez. 2.3. Afectación del derecho de defensa. 2.4. Correlación acusación y sentencia.</p>	<p>2.- Método Dogmático</p>	<p>- Interpretación</p>	<p>-Ficha Textual -Ficha de análisis Documental.</p>
	<p>3.- Criterios para aplicar la desvinculación Jurídica a fin de respetar las garantías procesales.</p>	<p>3.1.- Garantizar el derecho de defensa debate Previo. 3.2.- Antes de la culminación del debate probatorio. 3.3.- Homogeneidad del bien Jurídico. 3.4.- En la Primera Instancia 3.5.- Sin empeorar la situación jurídica.</p>	<p>3.- Método de Interpretación jurídica.</p> <p>4. Método de estudio de casos</p>	<p>-Revisión Documental. - Estudio de caso</p>	<p>-Ficha de análisis de caso cualitativo.</p>

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada se enmarca dentro del enfoque cualitativo, este tipo de investigaciones se materializan en estudios descriptivos, interpretativos e inductivos (que van de lo particular a lo general) y se utilizan para analizar una realidad social al amparo de un enfoque subjetivo, con el propósito de explorar, entender, interpretar y describir el comportamiento de la realidad en estudio, no necesariamente para comprobarla, sino para profundizar su estudio y ampliar el horizonte temático.

Por lo general, esta exploración se realiza con la recopilación de datos sin medición numérica, lo cual permite que emerjan puntos de vista, emociones, experiencias y otros aspectos no cuantificables. De esta manera, se pretende entender la realidad a través de esas aportaciones subjetivas, o bien, a través de las interpretaciones, también, subjetivas que de ellas hace el propio investigador. (Muñoz Razo, 2011, p. 22).

En el caso concreto, la investigación sigue la línea cualitativa, dado que, analizamos e interpretamos nuestro eje temático: **“Desarrollo jurisprudencial de la DESVINCULACIÓN Jurídica y la INFRACCIÓN del principio ACUSATORIO”**, para tal efecto desarrollamos los siguientes tópicos (ejes temáticos): (i) La desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana, (ii) Infracción del Principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica

y (iii) finalmente se analiza los criterios para aplicar la desvinculación Jurídica a fin de respetar las garantías procesales.

Es importante precisar que la investigación (tesis) gira en función a los ejes temáticos previamente ya delimitados en el proyecto.

3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Desde nuestra perspectiva, el diseño de una investigación, está construido en base al problema (dificultad), objetivo (aspiración del investigador) y los posibles resultados (producto) de la investigación, es decir, representa la estructura básica del estudio, la esencia que sostiene una investigación jurídica con rasgos científicos, la característica principal del diseño es la manera como se aborda el estudio; teórico, dogmático, estudio de casos, comparativo, propositivo, etc.

La afirmación anterior, tiene sustento en palabras de KERLINGER, quien sostiene que: “un diseño expresa la estructura del problema, así como el plan de la investigación, para obtener evidencia empírica sobre las relaciones buscadas”. (Recuperado en fecha 03 de abril del año 2017, y disponible en: <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>).

En tal sentido, la investigación ha seguido el diseño Dogmático y estudio de CASO, por un lado, se enfocó al plano teórico; análisis desde la perspectiva doctrinaria, jurisprudencial, y legislativa de la desvinculación jurídica, y, por otro lado, en el plano fáctico la investigación analizó La Casación, del caso AYMARAZO-Walter Aduviri, ambos escenarios de estudio responden a las preguntas: ¿Cómo ha evolucionado el tratamiento de la desvinculación jurídica

en la jurisprudencia? ¿Se afecta el principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación Jurídica? ¿Es necesario plantear los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales?, ¿Qué garantías procesales afecta la aplicación de la desvinculación jurídica?; Esta interrogante es desarrollada a la luz de la doctrina, teorías y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que en la actualidad no tenemos un criterio fijo y uniforme de los criterios de aplicación de la desvinculación jurídica.

3.2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de la tesis está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica procesal y material sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico. Al objeto de la tesis se le suele llamar tema o asunto de la misma. Es el eje sobre el que gira la investigación, desde el inicio hasta el final. Pero la investigación nos conduce a un resultado que no era conocido en el punto de partida, puesto que al finalizarla hemos logrado encontrar nuevas cualidades o nuevas determinaciones acerca del objeto jurídico, que era desconocida o confusa, antes de iniciar su indagación sistemática. En consecuencia, la tesis permite incrementar nuestro conocimiento acerca de la institución o problema (tema) que hemos adoptado como materia de ella.

En consecuencia, el objeto de la tesis planteada es: **Desarrollo jurisprudencial de la DESVINCULACIÓN Jurídica y la INFRACCIÓN del principio ACUSATORIO.**

3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio de la investigación está conformado, por las teorías, doctrina, y estudio de las normas referida al tratamiento de la desvinculación jurídica, y el análisis de la posible afectación del principio acusatorio, a partir de ello proponer criterios para una adecuada aplicación de la figura procesal de la desvinculación jurídica, que sirva como una metodología epistémica para todo los operadores del derecho; para ello se recurrió a los libros, revistas especializadas, artículos científicos, artículos jurídicos, ensayos jurídicos y opiniones relevantes, tanto de los autores nacionales e internacionales.

Ahora bien, para desarrollar el ámbito fáctico de la investigación, se recurrió al Expediente del Caso Ayamarazo: Walter Aduviri, ello con el fin de verificar la aplicación de la desvinculación jurídica, y evaluar si se afectó o no el principio acusatorio, y la postura de la Corte Suprema a cerca de la aplicación de la desvinculación jurídica en la sentencia del caso “Ayamarazo”.

La problemática entes mencionada, es debatida en la investigación, y a partir de este debate instaurado se plantea una propuesta de solución proponiendo criterios para una adecuada aplicación de la desvinculación jurídica.

3.3.1.- CASOS PARA ACREDITAR LA BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN

La base fáctica (como modelo) de la presente investigación está constituida por la sentencia de Walter Aduviri - a fin de verificar el desarrollo, la aplicación de la desvinculación jurídica de parte del juzgado colegiado de la Corte Superior de Justicia de Puno, precisamente nuestro objeto de estudio es la desvinculación

procesal en las sentencias penales, es ahí donde se presenta el conflicto. El caso analizado sirve como fuente y base fáctica de la investigación, es el punto de partida donde arranca el presente estudio.

Cuadro 1: Base Fáctica de la Investigación

BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN: Expedientes: Sentencia Penal condenatoria del juzgado penal colegiado caso AYMARAZO – Walter Aduviri.

CASOS	NÚMERO DE CASOS	TOTAL
Sentencias Condenatoria del Juzgado Penal Colegiado.	01	01

FUENTE: Poder Judicial.

ELABORACIÓN: Personal

PROCEDIMIENTO: El procedimiento que se utilizó para escoger la muestra de la investigación fue la selección de carácter intencional, dado que, únicamente se recurrió a un único caso, por tratarse de un caso emblemático y actual.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

Métodos que se utilizaran en la presente investigación:

a) El Método Dogmático.

“La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que tiene tres pasos; (i) análisis gramatical (exégesis del texto legal), esto hace referencia a la interpretación literal, (ii) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio), esto hace referencia a la fase de análisis donde se descompone el texto legal en sus unidades mínimas, (iii) Construcción del sistema (con los ladrillos), ello se refiere a la fase de interpretación a la construcción del texto legal de acuerdo al caso concreto”. (Zaffaroni, 2009: 18)

Aplicación del método de la dogmática Jurídica en la investigación:

En la investigación, el objeto de análisis recayó en la figura de la desvinculación jurídica, y el punto central de debate es la aplicación de esta figura en las sentencias penales de carácter condenatorio, el procedimiento que se siguió para la interpretación de esta institución procesal fue el siguiente: 1)

lectura literal de la regulación de la desvinculación jurídica: *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.* 2) Descomposición de la institución jurídica de la desvinculación jurídica; 2.1.- Debate previo para garantizar el derecho de defensa. 2.2.- Oportunidad.- Antes de la culminación del debate probatorio. 2.3.- Homogeneidad del bien Jurídico. 2.4.- Únicamente en la Primera Instancia. 2.5.- Sin empeorar la situación jurídica del acusado; 2.6.- Inmutabilidad de los hechos. 3) Construcción de la argumentación de acuerdo al caso concreto, en esta última etapa del método dogmático, lo que sugiere es apear la aplicación de la desvinculación jurídica en un caso concreto, ejemplo: El juez puede desvincularse de la acusación fiscal por el delito de Robo con agravantes al delito de Hurto con agravantes, esto es factible, porque existe homogeneidad del bien jurídico, no empeora la situación del acusado, y la pena es más benigna y sin cambiar los hechos.

b) El Método Sistemático.

En palabras del profesor Víctor Emilio Anchondo Paredes, (s/f) en su trabajo titulado *Métodos de interpretación Jurídica*, define a la interpretación sistemática como: esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del

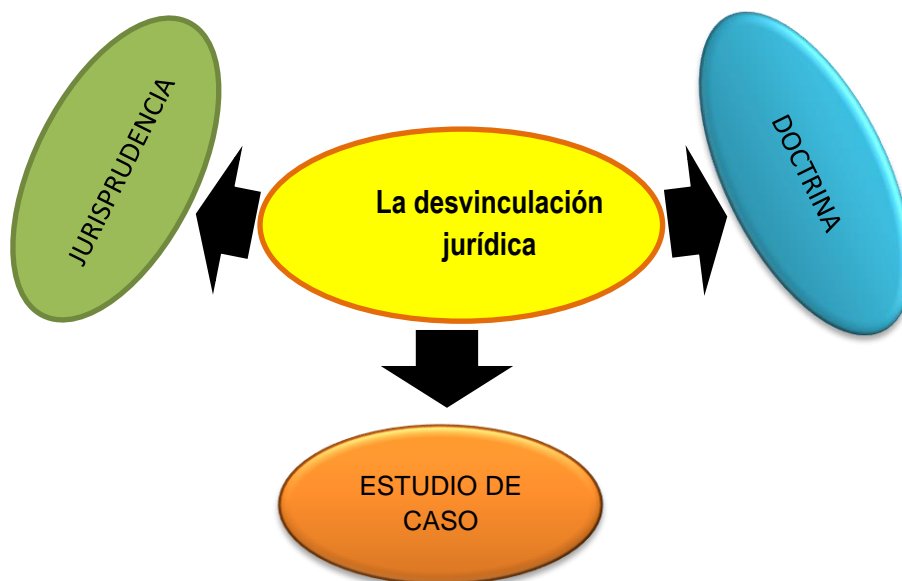
ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas.

En la investigación desarrollada el método de interpretación sistemática se utilizó para alcanzar el objetivo General y los específicos, esto es: *Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia y verificar la posible afectación del principio acusatorio a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal*; dado que para analizar los tópicos de la investigación se recurrió a la jurisprudencia, doctrina, teorías y la legislación vigente.

Se recurrió a este método, para analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica desde diferentes vertientes o perspectivas, nótese, que el desarrollo de esta figura jurídica no es muy antiguo, su aplicación formal nace en el año 2004 y posteriormente se viene desarrollando en diferentes jurisprudencias, unos que justifican su aplicación y otros que critican fuertemente la inclusión de esta figura en el Código Procesal Penal, en la doctrina el debate se da en la misma línea. Entonces se concluye que este método ha sido útil para los fines de la presente investigación.

El método sistemático, nos ha permitido desarrollar el tema, desde la jurisprudencia, doctrina relevante, desde la mirada del derecho comparado, desde la teoría desarrollada por los juristas, y desde los casos concretos, como el caso de la sentencia de AYMARAZO – Walter Aduviri, donde se aplicó esta figura por los jueces sin mayor éxito.

Figura 1: Sistematización del método Sistemático

Fuente: Elaboración del autor.

c) Método de argumentación jurídica

“La argumentación como método permite suplir la falta de pruebas cuantitativas y la verificación experimental respecto de la veracidad o falsedad de una información producto de la investigación científica” (ARANZAMENDI, 2010, p. 186.). Su rol de conocimiento al servicio de la actividad cognoscitiva, consiste en hacer uso de razonamientos y construcciones lógicas, al racionalizar la experiencia y no limitándose simplemente a describirla y cuantificarla.

Básicamente la función práctica o técnica de la argumentación, dado que facilita una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar derecho. Función metodológica, denota amplitud como enfoque epistemológico para la construcción, interpretación y aplicación del derecho.

Este método se ha utilizado a lo largo de la investigación y más precisamente en el cuarto capítulo donde hemos construido la argumentación

relacionada con la desvinculación jurídica, desde la jurisprudencia, en este tránsito se ha construido argumentación, formulando antítesis, tesis y argumentos complementarios; por otro lado se ha construido argumentación referido al planteamiento de los criterios para una correcta aplicación de la figura de la desvinculación, dado que, a la fecha no tenemos criterios uniformes ni fijos, por esa razón se realiza esta investigación para identificar y analizar los criterios.

Finalmente, se ha verificado el nivel de argumentación de los jueces en los casos o razones para aplicar la desvinculación en las sentencias penales condenatorias que han llegado a la Corte Suprema (Casaciones), y a partir de ello establecer cuáles serían esos criterios válidos para ser aplicadas en los futuros casos.

d) Estudio de Casos

(...) EISENHARDT (1989) conciba un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. Eisenhardt (citado por MARTÍNEZ, 2006, p. 174).

Mediante este método se analizó los expedientes judiciales, más precisamente, la sentencia de CASO AYMARAZO – Walter Aduviri, verificando la aplicación de la desvinculación jurídica, y la afectación del principio acusatorio y el derecho de defensa, al realizar una sorpresiva desvinculación en el escritorio al momento de redactar la Sentencia.

3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

La técnica de la investigación jurídica, es el resultado del saber empírico-técnico persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de conocimiento jurídicas, de forma de obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico.

Las técnicas utilizadas en la presente investigación:

1. Análisis de contenido
2. Revisión documental
3. Consulta Bibliográfica
4. Estudio de Caso
5. Parafraseo
6. Resumen

3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

BERNARDO y CALDERERO (2000), consideran que los instrumentos es un recurso del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, y las técnicas que utilizamos para esta área. En cuanto al contenido, este queda expresado en la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza,

por tanto, en una serie de ítems que no son otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc. (recuperado en fecha 07 de mayo del año 2017, y disponible en: <https://es.slideshare.net/oscarlopezregalado/instrumentos-de-investigacion-217795>).

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto de primer, segundo y tercer componente se utilizó los siguientes instrumentos:

1. Fichas de análisis de contenido
2. Fichas de Revisión Documental
3. Fichas bibliografías
4. Fichas de Análisis de caso cualitativo
5. Ficha textual
6. Ficha de Resumen

3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es la siguiente:

Primero: Se seleccionó las fuentes (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos, de las cuales se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro ordenamiento jurídico peruano, iniciando con el análisis del Código Procesal Penal, (Desvinculación jurídica), y otros instrumentos legislativas,

asimismo teorías, doctrina y jurisprudencia, así como textos de renombrados juristas en el tema objeto de la presente investigación.

En este punto hay que destacar que también se recurrió como fuente a los casos, esto es a los expedientes judiciales, (sentencia penal del Caso Aymarazo – Walter Aduviri), ello justamente para verificar como está desarrollado la desvinculación jurídica, y el criterio usado por el Juzgado Penal Colegiado.

Segundo: En el segundo paso como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron a almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos datos recabados nos sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (base teórica) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica del estudio. Las técnicas como análisis de contenido, análisis de caso y otros.

Tercero: Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales (libros y revistas en formato virtual PDF) sobre el tratamiento de la desvinculación jurídica, Posible afectación del principio acusatorio y el derecho de defensa, y los criterios para aplicar la desvinculación jurídica como estándares para su aplicación futura.

La investigación tuvo dos momentos, un momento donde se problematiza sobre el tratamiento de la desvinculación jurídica y su problemática respecto a la posible afectación del principio acusatorio, y el segundo momento donde se plantea la solución concreta a la problemática advertida, proponiendo los criterio.

Cuarto: Los procedimientos señalados se realizaron con la finalidad de conseguir los objetivos propuestos, primero, *Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana*; para ello justamente se utilizó la técnica y los instrumentos para sistematizar la información de los libros y las páginas virtuales en el marco teórico y los resultados de la investigación; segundo se planteó el siguiente objetivo; *Establecer la afectación del principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal*, para este segundo componente se siguió el mismo procedimiento que lo establecido para el primer objetivo. Así también tenemos el tercer componente de estudio; *Establecer los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales*, a partir del debate acerca de los tres tópicos anunciados, se postula una propuesta doctrinaria, estableciendo los criterios fijos para ser aplicadas.

Quinto: Finalmente se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos, esto considerando como parámetros, el sistema de unidades y componentes, por tratarse de una investigación de corte cualitativa.

El procedimiento en las investigaciones cualitativas, no es fija, porque ésta dependerá y variara de acuerdo al tema materia de investigación y la habilidad del investigador-tesista, ocurre lo contrario en las investigaciones cuantitativas, donde se establece un procedimiento fijo y rígido, porque está condicionado a la prueba de hipótesis, en la cual se sigue una formula determinada.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este CUARTO CAPÍTULO de la investigación, lo que corresponde es debatir y analizar los puntos controvertidos o también llamados componentes o tópicos de la investigación, en suma, a todo ello, según el nuevo enfoque de la investigación cualitativa se denomina “ejes temáticos”, parte del análisis Teórico del tema, pasando por la verificación fáctica del tema, basado en las sentencias y formular una propuesta relevante; se analizó los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, también se analizó el caso “Aymarazo” de Walter Aduviri tramitada en la Corte Superior de Justicia de Puno, donde se verificó fácticamente la argumentación utilizada para realizar la desvinculación jurídica, ahora bien, el estudio se enmarca en el análisis del DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA Y LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO; para tal efecto se consideró los siguientes componentes de estudio: 1.- La desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana, 2.- Infracción del Principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica. (Doctrina - Jurisprudencia), 3.- Criterios para aplicar la desvinculación Jurídica a fin de respetar las garantías procesales. Estos tres puntos son debatidos a la luz de toda la información que se ha recabado y sistematizado en el marco teórico del presente estudio.

En este apartado lo que se presenta son los resultados de la investigación, cada Sub-Eje temático, implícitamente lleva varios interrogantes a la vez, como: ¿Cuál es el fundamento de la desvinculación procesal? ¿Cómo es el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana? ¿Es justificado la regulación de la desvinculación jurídica en un modelo acusatorio? ¿Qué sistema

procesal justifica la aplicación de la desvinculación? ¿Cuáles son los presupuestos para aplicar la desvinculación procesal?, ¿El juez puede subsanar la negligencia del Ministerio Público? ¿A quien recae la función de tipificar el delito?, ¿cuál es el límite de los jueces en un sistema acusatorio?, ¿Qué responsabilidad tiene el Fiscal que no tipifico adecuadamente los hechos?, ¿El juzgado ante un error de tipificación, debe dictar sentencia absolutoria, o subsanar el error?, ¿La Sala Penal, puede realizar la tarea de desvincularse de la acusación fiscal?, ¿Qué debe hacer la Sala Penal ante una situación donde advierte que los hechos no se configuran para ese delito sino para otro delito?, ¿ La tesis de la desvinculación resulta compatible con el principio acusatorio y de imparcialidad?, ¿Los roles y responsabilidades de los sujetos procesales, con especial mención del representante del Ministerio Público y de la Parte Civil, en la tarea de configurar y definir el objeto del proceso penal, resulta compatible con la tesis de la desvinculación?

La importancia del estudio radica en desarrollar y analizar las perspectivas que existen en torno a la desvinculación jurídica en un sistema acusatorio, que sirve como puerta de entrada para abordar el tema de fondo sobre la posible vulneración del principio acusatorio y el derecho de defensa con la aplicación de la desvinculación jurídica. La idea es que los operadores del derecho deben concentrarse y prestar una debida atención a los presupuestos para aplicar esta figura jurídica, a fin de no afectar las garantías de un debido proceso, respetando, el principio acusatorio, y el derecho de defensa. Hacer un uso excepcional de esta figura, y no convertirla en regla.

Estos son los puntos centrales que es debatido a lo largo de este capítulo cuarto de la investigación.

4.1. SUB CAPITULO N° 01

4.1.- PRIMER COMPONENTE DEL EJE TEMÁTICO DE LA INVESTIGACIÓN.

4.1.1.- *Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana.*

4.1.1.1.- ANÁLISIS DOCTRINARIO A CERCA DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA.

Discusión:

UNO. Desarrollo y perspectivas

1.1.- ¿Qué se entiende por desvinculación jurídica?

1.1.1.- 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 (...). (Casación 659-2014, Puno, fundamento 3.1)

Como “formula procesal” aquella institución del Derecho Procesal Penal que por mandato de la ley faculta al órgano jurisdiccional competente para llamar la atención de las partes sobre algún elemento, interpretación o apreciación omitida o mal empleada durante las conclusiones definitivas y previa a los informes orales a fin de proponer alguna modificación del fundamento de la pretensión punitiva y provocando una desvinculación aparente con esta última que no signifique un cambio sustancial del objeto del proceso penal.

1.1.2.- ANTITESIS.- Es preciso indicar que esta figura no solo vulnera el derecho de defensa, sino que también choca con las atribuciones del Ministerio Público, al ser el titular de la acción penal, es decir entidad facultada constitucional y legalmente, para la persecución del delito.

Dentro de la jerarquía normativa, una norma Constitucional prevalece sobre una norma legal, y una norma especial sobre una norma general, sin embargo la aplicación del artículo 374 del Código Procesal vigente aplicándose en algunos distritos Judiciales vulnera expresamente el artículo 159 de la Constitución Política, toda vez que en el antes citado artículo se establece las facultades y atribuciones del Ministerio Público.

El Nuevo Modelo Procesal contenidos en el decreto legislativo 957, que se afirma como acusatorio adversarial, y en el que el impulso procesal está en

manos de las partes, sin embargo la figura de la desvinculación, contradice, los principios de esta norma procesal. Como ya se ha manifestado líneas arriba, el órgano facultado constitucionalmente es el Ministerio Público, para formular la acusación y sobre la misma, se llevara a cabo el juicio oral, como así lo establece el artículo 356 del Código Procesal. Sin embargo la realización de una nueva calificación sobre la base de nuevos hechos en el juicio oral faculta al órgano jurisdiccional, a realizar una nueva calificación y sobre la misma se emite sentencia.

A todas luces el inciso 1 del artículo 374 de la norma Procesal Contendida en el Decreto Legislativo 957, tiene visos de inconstitucional, ya que el juicio oral únicamente se llevara a cabo previa acusación penal facultad conferida al Ministerio Publico, sin embargo con la desvinculación por parte del Juez Penal de la acusación Penal, se estaría sentenciando a un procesado sin previa acusación por parte del órgano competente.

A manera de conclusión, con el fin dar cumplimiento a la asignación de funciones a cada entidad, y además dar cumplimiento estricto al debido proceso, es necesario una urgente modificatoria, 374 del Nuevo Código Procesal Penal, en la medida que se establezca un trámite, más acorde con la norma constitucional y los principios sobre los cuales se sienta el relativamente Nuevo Código Procesal Penal.

1.1.3.- CARACTERES RELEVANTES: Las notas distintivas de esta figura jurídica son las siguientes:

- ❖ Es una institución jurídica que tiene un carácter procesal.

- ❖ Presenta un carácter excepcional, pues solo puede ser empleada siempre que no devenga su uso en una modificación sustancial de los hechos objeto del proceso.
- ❖ Se manifiesta en el Derecho Procesal Penal, en los delitos de persecución pública más no en los delitos de persecución privada.
- ❖ Su empleo es facultad exclusiva del órgano jurisdiccional otorgada por ley. En este sentido resulta plausible destacar que actualmente existe una tendencia legislativa de concebir esta Institución como una facultad jurídica y no como una obligación procesal.
- ❖ Tiene como objeto el fundamento de la pretensión punitiva.
- ❖ El tribunal cuando hace uso de esta facultad está obligado en su sentencia a ajustarse a los aspectos sobre los que exigió ilustración a las partes.
- ❖ Para que el tribunal haga uso de esta facultad se exige necesariamente que exista al menos un error en las conclusiones definitivas del fiscal.

1.1.4.- NATURALEZA JURÍDICA. - La desvinculación jurídica, es una figura totalmente excepcional en un modelo procesal acusatorio, y siempre debe darse a iniciativa de las partes directa o indirectamente que se puede inferir a partir de los alegatos de apertura u cualquier otra actuación donde las partes hagan notar el error en la tipificación, y la iniciativa no debe nacer del juez penal, salvo con una justificación excepcionalísima.

Los temas entorno a la naturaleza jurídica de la fórmula procesal en cuestión han sido poco debatidos a lo largo de la historia y sobre ello casi nada se ha escrito. La gran parte de los procesalistas académicos plantean la tesis de que esta fórmula es una invención española regulada en el artículo 733 de la ley de enjuiciamiento Criminal y no tiene antecedentes en la historia. Al respecto

considero que asumir esta posición sería admitir, consecuentemente, que la “fórmula” encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española su primera regulación legislativa y por ende habría que analizar desde aquí su naturaleza jurídica. (Aguilar, s/f)

A través de la fórmula *iura novit curia* el juez podía dar al hecho una calificación distinta a la contenida al inicio del proceso, inclusive realizar valoraciones o traer al hecho circunstancias no apreciadas por las partes. En este sentido, si bien el juez debía ajustarse a los términos de la fórmula al dictar sentencia, el juzgador podía separarse de la pretensión del demandante si apreciaba algún error, inclusive hasta despojarlo de sus derechos. Ejemplo de ello tenemos los casos en que el demandante solicitaba una condena cuando realmente correspondía otra (*aliud pro alio*) o cuando el demandante o la víctima narraba un hecho y posteriormente se comprobaba durante el procedimiento que los hechos fueron otros (*falsa demonstratio*). Este último supuesto solo era posible lógicamente si se introducían en el proceso elementos probatorios que modificaran sustancialmente los hechos, por último, encontramos el caso en que el demandante pedía menos de lo que correspondía (*minus petitio*). Este es el supuesto en el que el juez podía absolver al demandado, como estaba previsto para todos estos casos, o agravar la situación del demandado sin exceder la pena que correspondía conforme a Derecho en virtud del principio de justicia en Roma. (Aguilar, s/f)

De lo anteriormente expuesto es palmario el parecido entre la fórmula *iura novit curia* (que posteriormente devino en principio del Derecho Procesal romano) y la fórmula procesal actual objeto de nuestra reflexión. Considero que

la fórmula *iura novit curia* constituye la fuente o naturaleza jurídica de la “fórmula procesal” conocida hoy por muchos ordenamientos jurídicos. (Aguilar, s/f)

Siguiendo esta línea me atrevo a afirmar que esta institución realmente se pierde en el tiempo y ello debe ser objeto de futuras investigaciones. Lo cierto es que durante el medioevo, con el imperio del sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal no era necesario el diseño legal de una fórmula procesal inspirada en el principio *iura novit curia*; pues, por las mismas características del sistema de enjuiciamiento en cuestión, la desvinculación entre el fallo del órgano jurisdiccional y la pretensión punitiva era tradicional, especialmente en cuestiones religiosas. (Aguilar, s/f)

Con la llegada del sistema mixto de enjuiciamiento criminal el principio *iura novit curia* comienza a retomar vigencia en diferentes Estados y parece haber sido rescatado por los españoles en su Ley de Enjuiciamiento Criminal el diseño más avanzado del mismo para su época resolviendo aquellos problemas que ni los códigos más adelantados de la Europa continental en ese momento histórico pudieron solucionar. (Aguilar, s/f)

Quizás esta sea la razón por la que muchos le confieren la invención de esta institución al ordenamiento jurídico español. Esta tesis es fundamentada además en los distintos criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo Español y otros pensamientos doctrinales en los que en reiteradas ocasiones se reconoce el fundamento de la aplicación de la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal precisamente en la vigencia en el ordenamiento jurídico español del principio *iura novit curia*. Lo cierto es que no se puede inculpar aquellos que consideren “la fórmula” como una invención española, pues concurren bastas razones para así pensar. (Aguilar, s/f).

DOS.- La desvinculación jurídica en la Jurisprudencia nacional

2.1.- ¿CÓMO el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia nacional?

2.1.1.- 1.- Casación 704-2015, Pasco [En audiencia de prisión preventiva no se puede discutir la tipicidad del hecho imputado, ni la calificación jurídica]

Sumilla: La audiencia de prisión preventiva. - El objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal (previstas en el artículo 268 del Código Procesal Penal). De ninguna manera esta audiencia está supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta.

Que sucede si no es el Juez Penal quien advierte que el tipo penal imputado, no es lo correcto, sino es la defensa, por ejemplo, el Fiscal pide prisión preventiva por robo agravado, sin embargo, la defensa advierte que no es delito de robo, sino de un hurto agravado. En este supuesto: ¿Resultaría pertinente o no discutir el primer presupuesto de la prisión preventiva – fundado y graves elementos de convicción -, cuando realmente los hechos fácticos no encajan a un delito de robo agravado sino de hurto agravado?, ello debido a que el Fiscal, equivocadamente hace una mala valoración de los elementos fácticos, en ese sentido de todas maneras, ¿el juez debe dictar la prisión preventiva por el delito requerido por el Fiscal, cuando ahora esta casación le prohíbe que no podría discutirse en audiencia de prisión preventiva el tipo penal?, teniendo en cuenta que en la prisión preventiva, es cierto que no se discute la responsabilidad o no del imputado, toda vez que se trata de una medida cautelar, sin embargo,

considero que debería discutirse cuando se discuta el primer presupuesto de la prisión preventiva, ello debido a que, no sería correcto que el Juez, funde una medida cautelar en base a una mala calificación jurídica y además, esperar más allá de toda la investigación que se espera o un control de acusación para privar arbitrariamente por delito que no corresponda con los elementos fácticos, ello en respecto al principio de imputación necesaria. Respecto a este cuestionamiento la Suprema no da soluciones, solo refiere que el Juez se apegue a la ley y aplique la ley, pero no va más allá de la debida imputación fáctica y jurídica que se requiere para la prisión preventiva (¿acaso le falta un elemento más a la prisión preventiva?).

En fin, la Corte Suprema, admitió el auto de casación para determinar dos cuestiones: a) Determinar si el juez de Investigación Preparatoria tiene la facultad de solicitar, al Fiscal de Investigación, la variación de la calificación jurídica en plena audiencia de prisión preventiva y, b) Establecer si cuando se declara la nulidad de la prisión preventiva y se ordena la excarcelación se debe dictar alguna medida para asegurar la presencia de los imputados en las diligencias judiciales a realizarse en la Investigación Preparatoria.

Sin embargo, a través de la casación cuestionada, solo se ha pronunciado por el primero, no se advierte pronunciamiento alguno por el segundo.

2.1.2.- Cambio del título de intervención delictiva, [RECURSO CASACIÓN N° 317-2018/ICA]

ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA – DERECHO A LA PRUEBA

Sumilla. 1. En el presente caso, se cambió el título de intervención delictiva del acusado, de autor mediato al de autor material directo, al excluirse, como

inicialmente se postuló, que un tercero, por órdenes suyas, mató a la agraviada, sin que varíe la afirmada intervención de otras personas en la ejecución típica. El hecho nuevo consistió, más allá de la variación del título de intervención delictiva, en que el imputado, según la Fiscalía, fue quien disparó a la agraviada, no un desconocido por orden de él. La calificación legal, en el ámbito del título de intervención delictiva, como consecuencia de ese cambio de situación fáctica, varió y, por consiguiente, generó de parte del Ministerio Público una acusación complementaria. Tal acusación es lícita. 2. La literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos.- Un esclarecimiento en este punto, pese a que mediaron dos informes periciales de parte en sentido contrario, resultaba indispensable, tanto más si sobre las hipótesis alternativas propuestas por la defensa en este punto no se produjo un examen pericial puntual y riguroso.

- ❖ ¿Puede el fiscal cambiar el título de intervención delictiva del acusado?
- ❖ ¿El fiscal puede cambiar el título de intervención delictiva del acusado de autor mediato al de autor material directo? ¿Sería lícita una acusación complementaria que realice dicho cambio? Esto acaba de precisar la Corte Suprema [Casación N° 317-2018-Ica]

Es lícita la acusación complementaria si se cambia el título de intervención delictiva del acusado de autor mediato al de autor material directo, al excluirse, como inicialmente se postuló, que un tercero, por órdenes suyas, haya matado a la agraviada, sin que varíe la afirmada intervención de otras personas en la ejecución típica.

El hecho nuevo consistió, más allá de la variación del título de intervención delictiva, en que el imputado, según la Fiscalía, fue quien disparó a la agraviada, no un desconocido por orden de él. La calificación legal, en el ámbito del título de intervención delictiva, como consecuencia de ese cambio de situación fáctica, varió y, por consiguiente, generó de parte del Ministerio Público una acusación complementaria. Tal acusación es lícita.

Así lo estableció la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema al resolver la Casación N° 317-2018-Ica, expedida el 25 de octubre de 2018, y por medio del cual se declaró fundado el recurso interpuesto por una persona que fue condenada como autor material del delito de parricidio a 25 años de pena privativa de libertad.

La Sala Suprema, en su fallo, refirió que "no existió un cambio ilícito de la calificación jurídica o legal de los hechos. No se mutó por completo los hechos, ni se trató de un *factum* radicalmente distinto; solo se cambió parte de la ejecución típica del mismo y la exclusión de un sujeto en la comisión material del mismo. La autoría atribuida al imputado (...) no se alteró radicalmente –toda clase de autoría tiene una misma respuesta legal–; de autoría mediata se pasó a autoría material por exclusión de un individuo en el acto de disparar a la agraviada".

Esto es, refiere la Sala, ya no fue un tercero por orden del procesado sino él mismo quien materialmente disparó contra la víctima. "Esto último es un hecho nuevo que merece una diferente calificación legal en el ámbito del título de intervención delictiva; y, por tanto, cumple con las exigencias del artículo 374, apartado 2), del Código Procesal Penal", acotó.

Por otro lado, la Corte precisó que "Es evidente, por lo demás, el serio error inicial de considerar una autoría mediata por el solo hecho de dirigir el curso de los acontecimientos típicos, pues, salvo el supuesto de dominio de aparatos de poder organizados –en que el ejecutor material es punible–, la autoría mediata supone que el autor mediato realiza el tipo legal de un delito de comisión dolosa haciendo actuar para sí en la ejecución del hecho a un 'intermediario', quien posee la forma de un 'instrumento humano'". Esto es, el ejecutor material es impune porque ejecuta una conducta atípica en sentido objetivo, sin dolo típico, conforme a derecho, de modo no culpable o porque es inimputable, agregó la Sala Suprema.

2.1.3.- Desarrollo jurisprudencial sobre la desvinculación jurídica [Casación 659-2014, Puno]

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

FUNDAMENTOS DESTACADOS.- **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.

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

3.6. En ese orden de ideas, si el Juzgador advierte que existe un error en la calificación que no genera la nulidad puede ser corregido al momento de la desvinculación [existiendo una limitación al principio *iura novit curia*, conforme lo señala el Acuerdo Plenario N° 04-2007/ CJ-116], salvaguardando las garantías

constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene todo justiciable, bajo los principios de celeridad y economía procesal.

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

2.1.4.- Al variar calificación jurídica juez debe dar oportunidad de generar el contradictorio [Casación 828-2014, Lambayeque]

Sumilla: La competencia constitucional asignada al Ministerio Público es eminentemente postulatoria, por ello la facultad del órgano jurisdiccional de apartarse de los términos estrictos de la **acusación fiscal**, en tanto respete 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. En ese sentido, el presente caso el *Ad quo* de oficio, varió la **calificación jurídica** propuesta por el Fiscal en su requerimiento acusatorio contra el encausado; sin embargo, dicho pronunciamiento vulneró su **derecho de defensa**, pues dicha decisión le causó agravio al no tener la oportunidad de generar el contradictorio.

ANÁLISIS BREVE DEL CASO.- En el presente caso, se colige que el Ministerio Público durante el decurso del proceso mantuvo su pretensión respecto a la calificación jurídica que realizó en contra del encausado Wilson Gabriel Flores, siendo ésta su participación en el ilícito de robo agravado, en calidad de cómplice secundario, solicitando siete garios de pena privativa de libertad; sin embargo,

de oficio el Juzgado Penal Colegiado de Lambayeque, al emitir pronunciamiento, consideró que la conducta del referido encausado en el evento delictivo se configuraría como coautoría, por lo que le impuso doce años de pena privativa de libertad; advirtiéndose que si bien el Juzgador tiene facultad de desvincularse de la calificación jurídica, previamente realizada por el Fiscal, cuando existe un error normativo; no obstante, existe una limitación, siendo esta que no agrave la situación jurídica del procesado, menos aún vulnere alguna norma procesal que genera la nulidad absoluta del proceso cuando existe vulneración de algún derecho constitucional que reviste todo justiciable.

En ese sentido, la Sala de Mérito no advirtió que la decisión de primera instancia, infringió la garantía constitucional al debido proceso, conexo al derecho de defensa que le asiste al encausado Wilson Gabriel Flores, toda vez que no tuvo la oportunidad de contradecir dicha agravación mediante diferentes mecanismos de defensa en la secuela del juicio oral, ni otorgarle la notificación oportuna de la posibilidad de desvincularse a fin de preparar su defensa. Por el contrario, consideró que la decisión de primera instancia estaba conforme a derecho.

2.1.5.- Declaran nula sentencia contra Walter Aduviri por el 'aimarazo' **[CASACIÓN N.º 173-2018 - PUNO]**

Sumilla. Desvinculación procesal del título de intervención delictiva de coautoría a autoría mediata por aparatos organizados de Poder La variación de coautoría –ejecutiva o no– por el de autoría mediata no es un acto intrascendente o que beneficie al imputado. Son instituciones dogmáticas diferentes que requieren un debate sustancial sobre la base de actuación probatoria específica que fundamente la forma de intervención, ii) entre coautoría y autoría mediata existen

importantes diferencias en la esfera del conocimiento de los intervinientes y de su relación entre autores mediatos y ejecutores materiales en el carácter de la conducta que deben realizar, la que incluso podría cuando menos ser objeto de prueba en el juicio, iii) la variación del título de intervención no es únicamente la estimación por el juez de un error en su definición por parte de la Fiscalía –error en la calificación jurídica del indicado título de intervención delictiva–, que podía y debía corregirse –si así lo estimara necesario– desde el principio de legalidad penal, sino en clave procesal se está ante un cambio que merecía, por la rigurosidad y exigencias de la autoría mediata por aparatos de poder organizado, un debate jurídico previo y que se agoten las comprobaciones y, en su caso, discusiones fácticas

2.1.6.- Modificación del tipo penal en segunda instancia [Casación 617-2015, Huaura]

Sumilla: Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el juez de primera instancia.

BREVE ANÁLISIS DEL CASO.- El superior jerárquico puede condenar con una calificación distinta a la del juez de primera instancia si en la acusación fiscal el Ministerio Público realizó una calificación jurídica alternativa, aun cuando los recurrentes sean solo los imputados.

Dicho criterio fue desarrollado en la Casación N° 617-2015-Huaura por parte de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Asimismo, consideró que los títulos de imputación establecidos en la acusación fiscal serán siempre

provisionales, por lo que el superior puede corregir los errores de calificación de primera instancia sobre la base del principio de legalidad.

Analicemos el caso que sirvió de base para este pronunciamiento: Un grupo de personas fue investigado por haber vendido un terreno a los agraviados a pesar de no ser propietarios y, además, haber solicitado arras producto de esa venta. Luego de dicha investigación, el Ministerio Público presentó acusación, estableciendo como pretensión principal una imputación por el delito de estafa y, alternativamente, una calificación jurídica estelionato.

Luego de realizado el juicio oral, el Juzgado Penal Unipersonal de Huaral los condenó como coautores del delito de estafa y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida. Dicha decisión fue impugnada por los procesados mediante un recurso de apelación.

Ya en sede superior, la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de Huaura revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, absolvió a los procesados. La Sala Superior consideró que el juzgador de primera instancia debió tipificar los hechos en el delito de estelionato y no en el de estafa, acto procesal que no podía realizar en segunda instancia pues, conforme al principio de congruencia procesal, no podían reconducir el tipo penal al haber recurrido solamente los procesados pues se estaría frente a un pronunciamiento extra petita.

La sentencia de vista motivó que el Ministerio Público interpusiera un interpuso recurso de casación con la finalidad de determinar si el superior jerárquico puede emitir condena adoptando la calificación jurídica alternativa propuesta en la acusación fiscal cuando solo han recurrido los imputados.

El recurso fue admitido a trámite por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Revisado el recurso, el órgano supremo tomo en consideración que la Sala está facultada para corregir los errores de calificación jurídica en los que haya incurrido el juez de primera instancia y, además, conforme el artículo 425.3.b del NCPP, modificarla siempre que haya sido propuesta una calificación alternativa por el fiscal en su requerimiento acusatorio.

Por estos motivos, consideró que lo que correspondió es que la sala recondujera el tipo penal al de estelionato y, de ser el caso, morigerar la pena, pero no absolver a los procesados. En consecuencia, declaró nula la sentencia de vista y dispuso se emita un nuevo pronunciamiento.

2.1.7.- Variación del título de imputación de "coautor" a "instigador" a nivel de la Corte Suprema. RECURSO NULIDAD N.º 290-2018/VENTANILLA

Suficiencia probatoria para condenar

Sumilla. La condena impuesta es fundada. No se presentan supuestos de motivación omisiva, motivación incompleta o insuficiente, motivación dubitativa o hipotética y, menos una motivación ilógica en cuanto a sus inferencias probatorias, en especial con el principio de razón suficiente. Se explicó el rol de cada imputado condenado, y se definió la prueba de cargo que consolidó la convicción judicial. El título de intervención delictiva es el de instigación, no de coautoría. Este cambio no afecta el principio acusatorio ni el de contradicción. Existe, pues, prueba de cargo fiable, plural, coincidente entre sí y suficiente. El homicidio fue alevoso.

ANÁLISIS DEL CASO. - La Corte Suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 290-2018-Ventanilla, precisó que variar el título de la intervención delictiva no vulnera el principio acusatorio ni el de contradicción.

En efecto, la Corte Suprema ha señalado que el título de intervención delictiva puede ser modificado (de coautoría a instigación). Ello no afecta el principio acusatorio ni el de contradicción. Se da una relación de desnivel entre ambas formas de intervención delictiva, solucionable por aplicación del principio de “in dubio pro reo” –que no por el de constatación o determinación alternativa, que presupone cambio de la figura delictiva.

Esta decisión es importante pues desarrolla criterios jurisprudenciales para la modificación del título de imputación.

2.1.8.- Desvinculación procesal: de violación sexual a actos contra el pudor en menor [R.N. 1506-2016, Ica]

Sumilla. Desvinculación procesal. La desvinculación es razonable; el tipo legal es homogéneo y de menor entidad lesiva. El principio de contradicción no ha sido e inobservado.

ANÁLISIS DEL CASO. - Si bien el resultado del Certificado Médico Legal (fojas cinco), concluyó que la menor presentó himen íntegro, y no signos de acto contranatura, introito vaginal muy congestivo sin lesiones físicas; ello no significa ni es concluyente de que la agraviada no sufrió abuso sexual por parte del acusado, más aún si la pericia psicológica concluyó que la agraviada presentó estrés postraumático compatible con experiencia traumática en el área sexual.

Además, como se ha señalado, la testigo Marina Carmen Almeyda Canchari refirió haber visto a la menor con su ropa puesta, y que esta le dijo que

aquel, la había tumbado y besado; es decir, el recurrente no fue sorprendido por la mencionada testigo, y a consecuencia de ello no continuó con la ejecución del delito que supuestamente decidió cometer; sin embargo, si existieron tocamientos indebidos, pues como lo ha señalado la citada testigo la menor le indicó que este la había besado.

Por su parte, la congestión del introito vaginal que presentó la menor es compatible con frotamientos, como lo señaló el perito en el pleno (fojas quinientos setenta y nueve), acto que guarda concordancia con lo declarado por la agraviada cuando dice que fue violada por el acusado.

2.1.9.- Presupuestos de la desvinculación jurídica (tráfico ilícito de drogas) **[R.N. 1165-2015, Lima]**

Sumilla: I. El primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal queda consumado cuando se llevan o cabo comportamientos como el de favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sean estos mediante actos de fabricación o tráfico, donde no se requiere que la droga elaborada sea adquirida por los consumidores o que la sustancia prohibida sea puesta en el mercado, pues el destino de la droga es una finalidad ulterior del agente, que no tiene que agotarse para objeto de la realización típica. Se diría entonces, que la mero tenencia resulta siendo penalizada, pero si la posesión toma lugar con fines de tráfico, la conducta ha de ajustarse en la modalidad siguiente –segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal–, toda vez que para su consumación se requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión debe estar orientada a un acto posterior de tráfico ilegal, consolidándose que la droga va o ser objeto de circulación, de comercialización, venta, etc., que ya cuenta con un destino predeterminado. II. E

juicio de desvinculación es constitucionalmente aceptable, siempre y cuando: a. El delito materia de condena pertenezca a la misma familia delictiva (tipo penal homogéneo): y b. La distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de lo defensa del imputado, esto es, que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad o que, en todo caso, no se trate de un fallo sorpresivo.

ANÁLISIS DEL CASO: al condenado no se le intervino en poder o posesión de droga alguna que haya estado circulando a un destino final de predeterminado, sino que el maletín que contenía drogas fue incautada en su departamento, debajo de su cama, por lo que la conducta del sentenciado no puede adecuarse al segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, más sí al primer párrafo del mismo artículo y compendio legal, toda vez que para este supuesto solo basta la simple tenencia de la droga, que es el producto final y que para ello se cumplan las modalidades típicas descritas, para el caso se está ante una promoción, como yo se señaló anteriormente.

Así, el juicio de desvinculación es constitucionalmente aceptable, siempre y cuando:

- ❖ El delito materia de condena pertenezco o lo misma familia delictiva (tipo penal homogéneo);
- ❖ Lo distinto tipificación no impida el eficaz ejercicio de lo defensa del imputado, esto es, que lo defensa hoy contemplado en su estrategia defensivo eso posibilidad o que, en todo caso, no se trote de un fallo sorpresivo.

Siendo así, este Supremo Tribunal reconduce el delito materia de condena - segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal-, al primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal, toda vez que es la calificación correcta al caso, siendo la modalidad delictiva, el de promoción al tráfico ilícito de drogas; además, es evidente que la nueva calificación al delito, forma parte de la misma familia delictiva; y la tesis de defensa estuvo dirigido a la figura agravada del delito, y como tal, se entiende que también contempló las modalidades previstas en el tipo base del delito que fue materia de juzgamiento -artículo doscientos noventa y seis de Código Penal-. Siendo así, la recalificación es jurídicamente adecuada al supuesto de hecho del tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal.

2.1.10.- Tribunal revisor puede variar la calificación jurídica realizada respecto de los hechos en primera instancia y no invocada por las partes [Casación 430-2015, Lima]

Sumilla: Este supremo tribunal considera de interés casacional excepcional, respecto a la competencia y límites del tribunal revisor, cuando interviene en segunda y definitiva instancia.

ANÁLISIS DEL CASO.- «[...] El límite a tal facultad, está vinculada al principio de congruencia, referido ello al respeto al hecho fáctico postulado por el fiscal en su acusación erradicando así la indefensión y respetando que la calificación jurídica sea homogénea a la propuesta en su acusación. De ahí que es posible que el Tribunal Revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planteada en Primera Instancia como expresión genuina de la iudicium, en el ejercicio de la aplicación correcta de la

norma jurídica y respeto al principio de legalidad. [...]». Fundamento vigésimo segundo.

FUNDAMENTOS CON CALIDAD DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Décimo Octavo.- El nuevo proceso penal delimita claramente las funciones del Ministerio Público y del juez dentro de un proceso penal, así compete al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción penal, conduce la investigación del delito, actúa en el proceso con independencia del criterio, interviene en todo el desarrollo del mismo y está legitimado para interponer recursos conforme al artículo VI del título Preliminar y artículos sesenta y sesenta y uno del Código Procesal Penal.

A su lado, el juez como tercero imparcial esta premunido de su obligación de aplicar la norma jurídica que corresponde al caso concreto, lo que entraña el conocimiento del ordenamiento jurídico.

Décimo Noveno.- En el marco del proceso penal rige la máxima “El juez conoce el derecho” por lo que el objeto viene determinado por el hecho histórico, de modo que el juzgador tiene el imperio sobre el juicio jurídico de los hechos; lo que no significa que pueda mutar el hecho o lesionar la homogeneidad del bien jurídico, antes bien su preservación deviene obligatoria.

En cualquier resolución judicial y sin contravenir el principio de legalidad, el juez debe determinar el derecho, debe moldarlo para adaptarlo al caso concreto. Para Montero Aroca la aplicación de este principio manifiesta que el juzgador conoce el derecho y no se encuentra vinculado a las obligaciones jurídicas que le hagan las partes, pudiendo estimar como correcto una de las opiniones formuladas por las partes, pero también estimando que las dos no son

aplicables al caso enjuiciado, por lo que puede formular su propia calificación jurídica, esto es, una tercera opinión, de la que debe ejercer contradicción.

2.1.11.- TC: Juez puede desvincularse de la acusación fiscal si cumple estos presupuestos [EXP. N° 01798-2016-PHC/TC, LIMA NORTE]

Fundamento destacado: 6. De otra parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de congruencia o correlación entre lo acusado y lo condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatória) sea respetada al momento de emitirse sentencia. Asimismo, cabe precisar que el juez se encuentra premunido de la facultad de apartarse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respeta los hechos que son objeto de acusación, sin que cambie el bien jurídico tutelado por el delito acusado, así como que respeta el derecho de defensa y el principio contradictorio.

7. Don Ore Inés Aguirre Jorge fue denunciado y se le inició proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual (persona en estado de incapacidad de resistencia) tipificado en el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal, en agravio de la persona identificada con la clave número doscientos diecisiete-dos mil doce, conforme se aprecia de las sentencias de primera y segunda instancia (folios 5 y 11). Posteriormente, el fiscal emite acusación contra el favorecido por el delito previsto en el inciso primero del artículo 172 del Código Penal. Es decir, durante todo el proceso, la imputación fiscal contra el favorecido se sustentó en el inciso primero del artículo 172 del Código Penal.

8. Así, a pesar de que, mediante sentencia del 22 de abril de 2013, el Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima condena al recurrente a seis años de pena privativa de la libertad por el delito contra la libertad sexual-violación de la libertad sexual, previsto en el primer párrafo del artículo 170 del Código Penal, desvinculándolo de la acusación fiscal, el fiscal interpuso recurso de apelación, razón por la que la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel revocó la apelada en el extremo que lo desvincula de la acusación fiscal, y, reformándola, condenó al favorecido a veinte años de pena privativa de la libertad, tipificando la conducta delictiva en el primer párrafo del artículo 172 del Código Penal, conforme con la acusación fiscal; por ello, se concluye que tampoco se ha vulnerado el principio de congruencia o correlación entre lo acusado y lo condenado.

2.1.12.- TC: se ha cumplido con respetar el derecho de defensa del beneficiario, a quien oportunamente se puso en conocimiento de dicha variación de calificación jurídica y ejerció su derecho de defensa. [EXP N° 04236-2015-PHC/TC LIMA]

Se puede concluir que la variación de la calificación jurídica se realizó en mérito a la normatividad procesal vigente que era aplicable al caso. Para ello se ha cumplido con respetar el derecho de defensa del beneficiario, a quien oportunamente se puso en conocimiento de dicha variación de calificación jurídica y ejerció su derecho de defensa cumpliéndose con lo establecido en el artículo 285-A, el que señala "*2. En la condena, no se podrá modificar calificación jurídica del hecho objeto de 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*". No se

alega por la parte recurrente ningún tipo de irregularidad al respecto, por lo que este Tribunal considera que las resoluciones cuestionadas fueron dictadas dentro de un proceso regular, respetándose todas las garantías otorgadas a las partes conforme lo establece la ley penal sustantiva. Por lo que, a criterio de este Tribunal no se aprecia afectación alguna al derecho al debido proceso invocada por el recurrente.

2.1.13.- ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116

ASUNTO: Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales

11. Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación- la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal- o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.

Las denominadas “circunstancias modificativas” son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer.

La tipificación del hecho punible –el título de imputación- también puede ser alterada de oficio, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena.

En ambos casos el referido artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina “plantear la tesis”-, 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 nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

4.2. SUB CAPITULO Nº 02

4.2.1.- SEGUNDO COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

4.2.1.1.- *Establecer la afectación del principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal.*

4.2.1.2.- DESVINCULACIÓN JURÍDICA Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO.

Discusión:

UNO.- Posible afectación del principio acusatorio y el derecho de defensa con la aplicación de la desvinculación jurídica.

1.1.- CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA:

“El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273° y 263° del Código Ritual-, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298°, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285°- A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar - aunque sí, degradar el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes- fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria”. (F. 8 ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116)

1.2.- OBJETO DEL PROCESO PENAL:

Como se sabe, el objeto del proceso penal –o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorios –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 valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate-.Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de 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. (f. 9, A.P. N° 4-2007/CJ-116)

1.3.- PRINCIPIO ACUSATORIO. -

La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: **a).**- Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; **b).**- Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; **c).**- Que no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección materia del proceso que cuestione su imparcialidad. (Exp. N° 2005-2006-PHC).

1.4.- Pronunciamiento de la Jurisprudencia.- vamos a centrar nuestra atención concretamente en cuatro jurisprudencias:

A.- Al no comunicar a las partes sobre la desvinculación jurídica afecta el derecho de defensa.- La competencia constitucional asignada al Ministerio Público es eminentemente postulatoria, por ello la facultad del órgano jurisdiccional de apartarse de los términos estrictos de la acusación fiscal, en

tanto respete 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. En ese sentido, el presente caso el Ad quo de oficio, varió la calificación jurídica propuesta por el Fiscal en su requerimiento acusatorio contra el encausado; sin embargo, dicho pronunciamiento vulneró su derecho de defensa, pues dicha decisión le causó agravio al no tener la oportunidad de generar el contradictorio. (Casación 828-2014, Lambayeque).

B.- Hechos imputados y pronunciamiento de la judicatura.- El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado [una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. 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 no impliquen 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 aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva].

La calificación jurídica del hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285°-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate –las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar-. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Delcourt contra Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado¹⁰ para que pueda defenderse y de lugar a un juicio equitativo. (f. 10, A.P. N° 4-2007/CJ-116)

C.- Desvinculación procesal: de violación sexual a actos contra el pudor en menor.

La desvinculación es razonable; el tipo legal es homogéneo y de menor entidad lesiva. El principio de contradicción no ha sido y inobservado. (R.N. 1506-2016, Ica)

D.- Tribunal revisor puede variar la calificación jurídica realizada respecto de los hechos en primera instancia y no invocada por las partes respetando el principio de congruencia.

“El límite a tal facultad, está vinculada al principio de congruencia, referido ello al respeto al hecho fáctico postulado por el fiscal en su acusación erradicando así la indefensión y respetando que la calificación jurídica sea homogénea a la propuesta en su acusación. De ahí que es posible que el Tribunal Revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planteada en Primera Instancia como expresión genuina de la iudicium, en el ejercicio de la aplicación correcta de la norma jurídica y respeto al principio de legalidad. (...)”. (Fundamento vigésimo segundo, Casación 430-2015, Lima)

1.5.- VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO.- Es preciso indicar que esta figura no solo vulnera el derecho de defensa, sino que también choca con las atribuciones del Ministerio Público, al ser el titular de la acción penal, es decir entidad facultada constitucional y legalmente, para la persecución del delito.

Dentro de la jerarquía normativa, una norma Constitucional prevalece sobre una norma legal, y una norma especial sobre una norma general, sin embargo la aplicación del artículo 374 del Código Procesal vigente aplicándose en algunos distritos Judiciales vulnera expresamente el artículo 159 de la Constitución Política, toda vez que en el antes citado artículo se establece las facultades y atribuciones del Ministerio Público.

El Nuevo Modelo Procesal contenidos en el decreto legislativo 957, que se afirma como acusatorio adversarial, y en el que el impulso procesal está en manos de las partes, sin embargo la figura de la desvinculación, contradice, los

principios de esta norma procesal. Como ya se ha manifestado líneas arriba, el órgano facultado constitucionalmente es el Ministerio Público, para formular la acusación y sobre la misma, se llevara a cabo el juicio oral, como así lo establece el artículo 356 del Código Procesal. Sin embargo la realización de una nueva calificación sobre la base de nuevos hechos en el juicio oral faculta al órgano jurisdiccional, a realizar una nueva calificación y sobre la misma se emite sentencia.

A todas luces el inciso 1 del artículo 374 de la norma Procesal Contendida en el Decreto Legislativo 957, tiene visos de inconstitucional, ya que el juicio oral únicamente se llevara a cabo previa acusación penal facultad conferida al Ministerio Publico, sin embargo con la desvinculación por parte del Juez Penal de la acusación Penal, se estaría sentenciando a un procesado sin previa acusación por parte del órgano competente.

1.6.- ANÁLISIS DEL CASO.- La vulneración del derecho de defensa en el caso AYMARAZO – Walter Aduviri, tramitada por el juzgado penal de la Corte Superior de Justicia de Puno (base fáctica de la investigación), aplicando el método de estudio de caso cualitativo:

INTRODUCCIÓN: El autor, Chetty (1996) indica: “Que el método de estudio de caso es una metodología rigurosa que: 1.- Es adecuada para investigar fenómenos en los que se busca dar respuesta a cómo y por qué ocurren. 2.- Permite estudiar un tema determinado. 3.- Es ideal para el estudio de temas de investigación en los que las teorías existentes son inadecuadas. 4.- Permite estudiar los fenómenos desde múltiples perspectivas y no desde la influencia de una sola variable. 5.- Permite explorar en forma más profunda y obtener un conocimiento más amplio sobre cada fenómeno, lo cual permite la aparición de

nuevas señales sobre los temas que emergen, y 6.- Juega un papel importante en la investigación, por lo que no debería ser utilizado meramente como la exploración inicial de un fenómeno determinado”. (Por Martínez, 2006, p. 175)

Además, “el estudio de caso es capaz de satisfacer todos los objetivos de una investigación, e incluso podrían analizarse diferentes casos con distintas intenciones”. (Sarabia, por Martínez, 2006, p. 175).

El Juzgado penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Puno, fue el encargado de resolver el caso AYMARAZO – Walter Aduviri, Sentencia que es objeto de análisis en la presente investigación.

Cuadro 2: ANÁLISIS DE CASO ADUVIRI

EXPEDIENTE : N° 00682-2011-7-2101-JR-PE-02.	
Órgano jurisdiccional: 1° Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial – Corte Superior de Justicia de Puno.	
DELITO: 1.- Extorsión -Artículo 200 del Código Penal	
PROCESADO: Walter Aduviri Calisaya y otros	AGRAVIADO: Estado Peruano y otros.
Pieza procesal objeto de análisis	Sentencia Penal
Estado	Condenatoria y declarado nulo
<u>SENTENCIA PENAL COLEGIADA</u>	
RESOLUCION N° 63 Puno, dieciocho de julio Del año dos mil dieciséis.- EL JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL DE LA CORTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO.	
<u>SENTENCIA:</u>	

PRIMERO.- POR UNANIMIDAD, ABSOLVER a los acusados **WALTER ADUVIRI CALISAYA, PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA, GILVER CHURA YUPANQUI, JAVIER PARI SARMIENTO, RUFINO MACHACA QUINTO, DOMINGO QUISPE TANCARA, EDDY URIARTE CHAMBILLA, GREGORIO URURI FERNÁNDEZ, FELIX ILLACUTIPA MAMANI Y SEVERO EFRAÍN ITURRY GANDARILLAS**, de los cargos formulados por el señor Fiscal, como presuntos **COAUTORES** de del delito **CONTRA EL PATRIMONIO**, en su modalidad de **Extorsión**, en su forma de **EXTORSIÓN AGRAVADA**, previsto y sancionado en el artículo 200°, tercer párrafo, concordante con la agravante prevista por el quinto párrafo, literal b) del mismo artículo del Código Penal, y **alternativamente** por la comisión del Delito **CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA**, en su modalidad de Delitos **Contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros Servicios Públicos**, en su forma de **ENTORPECIMIENTO AL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS**, previsto y sancionado en el artículo 283°, primer párrafo, concordante con la agravante prevista por el segundo párrafo del acotado artículo del Código Penal, todo en agravio del ESTADO PERUANO, representado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior. **SEGUNDO.- POR MAYORÍA** con los votos de los integrantes ISTAÑA PONCE y CALIZAYA COILA, **ABSOLVER** a los acusados **PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA, GILVER CHURA YUPANQUI, JAVIER PARI SARMIENTO, RUFINO MACHACA QUINTO, DOMINGO QUISPE TANCARA, EDDY URIARTE CHAMBILLA, GREGORIO URURI FERNÁNDEZ, FELIX ILLACUTIPA MAMANI y SEVERO EFRAÍN ITURRY GANDARILLAS**, de los cargos de la acusación fiscal, como presuntos **COAUTORES** de la comisión del delito **CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA**, en su modalidad de Delitos contra **la Paz Pública**, en su forma de **DISTURBIOS**, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 315°, del Código Penal, en agravio del **ESTADO PERUANO**, representado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior. **Consentida y/o ejecutoriada que sea DISPONEMOS** el **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO** y la anulación de los antecedentes

policiales y judiciales que se hayan generado a consecuencia de esta causa, con dicho objeto se giren los oficios.

TERCERO.- POR MAYORÍA, con los votos de los integrantes Istaña Ponce y Calizaya Coila, se opta por la **DESVINCULACION** de la acusación fiscal en el extremo del delito de **DISTURBIOS** previsto en el artículo 315° del Código Penal, en relación al grado de participación de COAUTOR NO EJECUTIVO, por el de AUTOR MEDIATO por dominio de la voluntad, respecto del acusado WALTER ADUVIRI CALISAYA.

CUARTO.- POR UNANIMIDAD y con voto singular de la señora Jueza Condori Chata, **CONDENAMOS** al acusado **WALTER ADUVIRI CALIZAYA**, identificado con DNI N° 40958474, hijo de Pablo y Bonifacia, nacido el 08 de agosto de 1980, natural de la Comunidad de Llusta, Distrito de Santa Rosa, Provincia El Collao y Departamento de Puno, como **AUTOR MEDIATO** de la comisión del delito **CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA**, en su modalidad de Delitos contra la **Paz Pública**, en su forma de **DISTURBIOS**, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 315°, del Código Penal, en agravio del **ESTADO PERUANO**, representado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior. En consecuencia, le **IMPONEMOS SIETE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD efectiva.** **QUINTO.-** POR UNANIMIDAD **FIJAMOS** por concepto de reparación civil la suma de **DOS MILLONES DE SOLES** que el sentenciado Walter Aduviri Calisaya deberá pagar a favor del Estado Peruano.

Importancia.- La sentencia desarrolla ampliamente sobre las exigencias típicas de los tres delitos imputados, y sobre el juicio de imputación necesaria y sobre las intervenciones delictivas, autoría mediata, coautoría y otras formas de participación.

FUENTE: ELABORACION DEL AUTOR

ANÁLISIS CUALITATIVO DEL CASO

I.- DELITOS IMPUTADOS:

Los delitos que se imputa a los diez acusados, son:

a) **CONTRA EL PATRIMONIO**, en su modalidad de **Extorsión**, en su forma de **EXTORSIÓN AGRAVADA**, previsto y sancionado en el artículo 200°, tercer párrafo, concordante con la agravante prevista por el quinto párrafo, literal b) del mismo artículo 200° del Código Penal; y alternativamente por la comisión del Delito **CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA**, en su modalidad de Delitos **Contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros Servicios Públicos**, en su forma de **ENTORPECIMIENTO AL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS**, previsto y sancionado en el artículo 283°, primer párrafo, concordante con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo artículo 283° del Código Penal; y

b) **CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA**, en su modalidad de Delitos contra **la Paz Pública**, en su forma de **DISTURBIOS**, previsto y sancionado en el artículo 315°, primer párrafo, del Código Penal. Todo en agravio del Estado Peruano, representado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior.

II.- GRADO DE PARTICIPACIÓN DELICTIVA

El Ministerio Público imputa a los acusados como COAUTORES de los delitos antes mencionados, sin embargo, en el juicio oral, cambia el título de imputación, y postula la tesis de COATORIA NO EJECUTIVA.

III.- FUNDAMENTOS DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

Los jueces, integrantes del colegiado, optan por la desvinculación recién al momento de emitir sentencia, emitiendo un fallo sorpresivo como autor mediato al acusado Walter Aduviri. De entrada se afectó una de las garantías del debido proceso.

El fundamento utilizado es el siguiente: “Razón por la que, atendiendo a dichos alcances, **es factible que en caso el Juzgador no haya advertido en su oportunidad de la posibilidad de desvincularse de la acusación fiscal, lo pueda hacer en la sentencia, siguiendo el lineamiento del fundamento contemplado en la última parte del referido Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116**, en cuanto *“Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aun cuando no se haya planteado la tesis, es posible una desvinculación en casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa (...) 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 tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo; mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido (...) en tanto, expresan conductas estructuralmente semejantes”*.

POSTURA DEL TESISISTA: Desde nuestro punto de vista, no estamos de acuerdo con el criterio introducido por el Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116, en el sentido que se puede hacer desvinculación jurídica al momento de dictar sentencia en casos de evidente error, ello vulnera directamente el derecho de

defensa, y vulnera la seguridad jurídica, la predictividad en las decisiones, el fallo sorpresivo atenta el estado constitucional de derecho. Por otro lado, no podemos aplicar mecánicamente los criterios establecidos en la jurisprudencia (por mas vinculante que esta sea), sino previos a aplicar someter a un juicio de razonabilidad, es decir, someter a una corrección de premisas, desde una mirada constitucional.

Pregunta Central: ¿El juzgado vulneró el derecho de defensa de Aduviri al optar por la desvinculación de la acusación fiscal?

1.- En el proceso seguido a Walter Aduviri Calizaya, no se han cumplido los requisitos para la aplicación de la figura de desvinculación procesal de la norma penal, toda vez que no se garantizó el derecho de defensa respecto a la nueva calificación jurídica que originó la desvinculación de la pretensión del Ministerio Público plasmada en la acusación fiscal. En ese sentido, debió cumplirse para tal efecto con la oportunidad en el proceso penal, lo que no ocurrió en este caso. Asimismo, debe precisarse que arbitrariamente en la Sentencia se opta por la desvinculación, no habiéndose garantizado el cumplimiento de los requisitos y la etapa en la que debe invocarse tal desvinculación, lo que contraviene el derecho de defensa del acusado.

2.- No se ha cumplido con los supuestos para la aplicación de la desvinculación procesal penal, pues no se ha PRESERVADO EL DERECHO DE DEFENSA, cuando en el proceso ha existido oportunidades para que los jueces adviertan de la calificación jurídica que realizaba el Ministerio Público, por ejemplo, en la audiencia de control de acusación, motivo por la cual se ha afectado el derecho de defensa. La sentencia ha infringido los requisitos, así

como la etapa en que se debe invocar la desvinculación procesal penal, lo que contraviene el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva.

3.- En el caso concreto, se ha optado por la desvinculación procesal al momento de emitir sentencia, por un hecho que no ha sido materia de acusación fiscal, bajo la premisa que excepcionalmente se puede optar por la desvinculación procesal al momento de emitir sentencia, pero el Juzgador no ha tenido en cuenta que durante todo el proceso, ha tenido la oportunidad de advertir que la calificación que ha sustentado el representante del Ministerio Público ha variado para el Juzgador, por lo que evidentemente se realizó una desvinculación y con una teoría relativamente nueva en el sistema judicial peruano se ha causado un estado de indefensión puesto que durante el proceso del señor Walter Aduviri Calisaya, este ha ejercido su derecho de defensa teniendo en cuenta la imputación concreta y específica de la Fiscalía.

IV.- RECURSO DE CASACIÓN

PRIMERO.- Las causales por las que se admitió el recurso de Casación fueron dos, por tanto, el presente recurso se enfocará en determinar dos materias específicas:

i) si la desvinculación del título de intervención delictiva afectó la garantía de defensa procesal del imputado; y,

ii) si la fundamentación debida de la autoría mediata fue completa o suficiente desde la garantía de motivación.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN por la defensa técnica

2.1 CASACIÓN PROCESAL: QUEBRANTAMIENTO DEL PRECEPTO PROCESAL -inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-

La desvinculación respecto al título de intervención delictiva de coautor no ejecutivo al de autor mediato por dominio de organización infringió el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis que la regula.

El representante del Ministerio Público, al iniciar el juicio oral, imputó expresamente el título de coautoría no ejecutiva; pese a ello, el Ad quem se desvinculó indebidamente y lo condenó como autor mediato por dominio de organización. Por ende, también se infringió su derecho de defensa, de contradicción y a la información de la acusación.

El Colegiado Superior afirmó que hubo un error en el título de imputación formulado contra Aduviri Calisaya, razón por la que confirmó la desvinculación que se realizó en la sentencia de primera instancia, pero no fundamentó ni identificó el supuesto error

2.2. CASACIÓN CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA: VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE MOTIVACIÓN -inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-

Las sentencias emitidas en primera y segunda instancia no han sido suficientemente motivadas; en ellas surge una manifiesta ilogicidad: dado que no guardan congruencia con la acusación, ya que el Ministerio Público imputó la coautoría no ejecutiva y el juzgado lo condenó como autor mediato, decisión

confirmada por la Sala Superior. Por tanto, se aplicó erróneamente el artículo veintitrés del Código Penal.

Asimismo, menciona que las decisiones carecen de motivación fáctica, jurídica y probatoria respecto al título de intervención delictiva.

TERCERO.- ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA PARA DECLARAR NULA LA SENTENCIA DEL CASO AYMARAZO – WALTER ADUVIRI

CUARTO. ANÁLISIS CRÍTICO

En tal conclusión, que convalidaría la inobservancia de una regla procesal, no se evaluó sustancialmente la preservación del principio de contradicción del título de intervención delictiva como una exigencia que estandariza la garantía de defensa procesal, por las siguientes razones:

4.1. El A quo invoca definiciones dogmáticas respecto a la autoría mediata. Empero, dejó sentado que el caso materia de juzgamiento no es uno típico de aparatos organizados de poder y bajo un dominio funcional del hecho –cfr. segundo párrafo del considerando seis punto uno de la sentencia de primera instancia–, determinando que del reconducido título de intervención delictiva es factible aplicar la teoría de la autoría mediata por organización, bajo un ámbito estricto de dominio de la voluntad. Sin embargo, no con base en la existencia de grupos organizados de poder bajo un dominio funcional de la voluntad – organización estructurada, vertical y jerarquizada–, sino basada en organizaciones pasibles de dominio de la voluntad, como acontece con los grupos sociales y/u organizaciones comunales que participaron de las movilizaciones y la protesta acontecidas en la región Puno, en el año dos mil

once, y que tuvieron un desenlace gravoso con exceso en el ejercicio de derechos fundamentales, es decir, más allá del ejercicio regular de un derecho.

4.2. La aplicación de esta forma de autoría mediata en aparatos organizados de poder invocada por el juzgado A quo constituye una forma interpretativa a las bases que dogmáticamente se establecieron sobre la materia⁴, puesto que se imputaría la autoría en el marco de una organización social lícita, en la que incluso se reconoció equivocadamente que los actos juzgados se efectuaron en el marco del ejercicio del derecho a la protesta y como actos de defensa en el marco del Convenio ciento sesenta y nueve de la Organización Internacional de Trabajo –en adelante, convenio 169–, sin la evaluación suficiente de las exigencias dogmáticas del inciso ocho del artículo veinte del Código Penal –el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo–, tanto así que el liderazgo atribuido al encausado Aduviri Calisaya se evidencia –conforme sostiene el juzgado A quo– “en un mandato social y cultural determinado; la defensa de los recursos naturales y el respeto a las normas que reconocen el derecho de los pueblos (ejm. Convenio 169 de la OIT, artículo 149° de la Constitución Política del Perú, normas y tratados internacionales que reconocen el pluralismo jurídico, las poblaciones vulnerables, la vivencia rural y su cosmovisión andina aymara)” –cfr. página ciento cuatro del voto en mayoría de primera instancia–. Pareciera, sorprendentemente, que los hechos objeto del proceso penal podrían adecuarse a un tipo de permisión –causa de justificación– de un supuesto de inimputabilidad por razones culturales.

4.3. En la nueva calificación del título de intervención delictiva se estableció que Aduviri Calisaya ostentaba un poder de mando sobre

organizaciones sociales–comunales, cuyos integrantes o adherentes mostraron subordinación de su voluntad en aras de conseguir respeto por sus recursos naturales –cfr. segundo párrafo de la página ciento sesenta y siete–, conclusión que en principio debió ser sometida a contradicción respecto a la subordinación de la voluntad vinculada directamente con la conducta típica que se juzga, esto es, el tipo penal de disturbios, previsto en el artículo trescientos quince del Código Penal, que, en esencia, sanciona a quien en una reunión tumultuaria, mediante violencia, causa grave daño a la propiedad pública o privada.

4.4. Se debe evaluar con precisión el dominio del hecho del hombre de atrás y si el intermediario ejecutó los planes previamente diseñados con la finalidad de causar los perjuicios que el Ministerio Público acusa.

4.5. La variación de coautoría –ejecutiva o no– por el de autoría mediata no es un acto intrascendente o que beneficie al imputado. Son instituciones dogmáticas diferentes que requieren un debate sustancial sobre la base de actuación probatoria específica que fundamente la forma de intervención. En el siguiente cuadro preliminar, empleado a modo de referencia, se expresan diferencias entre ambos títulos de imputación:

CUADRO COMPARATIVO

AUTORÍA MEDIATA	COAUTORÍA
<p>1. El superior jerárquico idea el plan, o la cúpula de la organización, de forma tal que sus ejecutores no han participado en dicha decisión; entonces mal se haría en afirmar coautoría (no existe el clásico requisito del co-dominio funcional), pues se trata de autoría autónoma.</p> <p>2. Existencia de un aparato ilícito organizado de poder.</p> <p>3. Por la automaticidad de su aparato, no tiene margen de maniobrar para esquivar los excesos de los ejecutantes.</p> <p>4. El control que detenta es general; conoce el fin, mas no los pasos que los ejecutores materiales seguirán para la su consecución.</p> <p>5. Estructura vertical.</p>	<p>1. Se es parte del plan criminal que se confecciona entre la pluralidad de intervinientes, de modo que, cuando se ejecuta, el aporte de cada quien cobra sentido, aunque uno de ellos no esté presente durante la ejecución.</p> <p>2. Organización menor que por lo general no alcanza la categoría de aparato organizado de poder.</p> <p>3. Tiene mayor margen de maniobra para esquivar la responsabilidad penal por los “excesos” de los ejecutantes.</p> <p>4. El control que detenta es superior, pues conoce los pasos a seguir para ejecutar el plan criminal</p> <p>5. Estructura horizontal.</p>

FUENTE: CASACIÓN. N° 173-2018

4.6. Conforme a la descripción mencionada, se requeriría conceder al imputado los medios suficientes para que ejercite su derecho a la contradicción en el debate oral pleno de primera instancia; empero, tal exigencia no concurrió. La desvinculación de manera excepcional, reconocido por el A quo se produjo al emitir la sentencia de primera instancia.

4.7. La sentencia de vista se limitó a ratificar los fundamentos del voto en mayoría dictados en primera instancia, sin evaluar la diferencia sustancial que esta variación demanda, afirmando lo siguiente: Si bien la defensa señaló que

se produjo una indefensión porque la coautoría no ejecutiva tiene una estructura diferente a la autoría mediata por dominio de organización; empero, no explicó cómo así es que se produjo en concreto la indefensión, por cuanto, en rigor, el coautor no ejecutivo o coautor mediato es el coautor que no ejecuta el hecho, no toma parte de la ejecución; y, asimismo, el autor mediato por dominio de organización tampoco ejecuta el hecho, es decir, ambos en el plano fáctico no ejecutan el hecho. En el caso de autos, a Walter Aduviri Calisaya se le imputó que planificó y organizó junto con otros dirigentes la radicalización de la huelga, es decir, que no ejecutó el hecho. Ahora bien, esta situación puede abordarse desde la coautoría mediata como también de la autoría mediata por dominio de organización, y el A quo consideró que la categoría dogmática que más se adecúa para el caso de autos es la autoría mediata por dominio de organización, situación que no genera ninguna indefensión, por cuanto esto no implica ninguna modificación de los hechos, por cuanto el objeto de la acusación permanece inmutable.

4.8. La conclusión a la que arribó el Tribunal Superior no se restringe a un análisis abstracto, dado que, conforme al cuadro número uno, entre coautoría y autoría mediata existen importantes diferencias en la esfera del conocimiento de los intervinientes y de su relación entre autores mediatos y ejecutores materiales en el carácter de la conducta que deben realizar, la que incluso podría cuando menos ser objeto de prueba en el juicio, tanto más si la sentencia de vista reconoció como un agravio de apelación la inexistencia de una estructura jerarquizada y la asignaron al Frente de Defensa de Recursos Naturales de la Zona Sur Puno; tal característica determinó la emisión de la conclusión probatoria de que: “en una manifestación de comunidades campesinas en una

protesta social si se presenta una estructura jerarquizada, puesto que las autoridades o personas conforman su comité de lucha, en este caso, las comunidades que se alzaron en la protesta anti minera, conformaron un frente de defensa de recursos naturales, el cual es el ente, por decirlo así, que se encarga de planificar las acciones a tomarse en la protesta y asimismo es el encargado de llevar su plataforma de lucha ante las autoridades”.

4.9. Así pues no se trata, en el presente caso, de una variación estrictamente jurídica, derivada de un error jurídico en la calificación de la autoría, ajena incluso a la actividad probatoria que podrían postular las partes durante el debate oral, pues en segunda instancia tal cuestionamiento subsistió y por la naturaleza del juicio de apelación –ordinario– y de casación –extraordinario– no se puede afirmar que la modificación se restringe a un ámbito abstracto.

DE LA VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE MOTIVACIÓN

6.1. El encausado Aduviri Calisaya cuestiona la logicidad de la sentencia de vista. Ésta se enlaza con lo estatuido por el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal. Cuando se denuncia que una sentencia es ilógica se está refiriendo, i) de un lado y mayormente, a las denominadas “inferencias probatorias”, que se centran en el juicio histórico; o ii) de otro lado, desde el juicio jurídico, a la justificación una determinada interpretación del derecho o, en su caso, subsunción normativa, en función de argumentos que vulneran las leyes lógicas, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos –reglas de la sana crítica judicial–.

6.2. Con independencia del llamado “vicio de actividad” –vicio de procedimiento y vicio por defecto de la resolución–, propio de la casación por quebrantamiento de precepto procesal, los problemas detectados en el análisis dogmático de las dos formas de autoría en discusión y su relación con el principio de contradicción –no del principio acusatorio–, en el presente caso y desde este motivo casacional, se refieren a una motivación insuficiente, al no examinarse un presupuesto fundante de la autoría mediata por aparatos de poder organizado: su carácter intrínsecamente ilícito o al margen del derecho, ni justifica tampoco por qué no era del caso plantear la tesis alternativa.

A manera de conclusión:

La sentencia del caso ha sido declarado nulo por haberse detectado dos vulneraciones procesales: **i)** Vulneración procesal al derecho de defensa, por no haber comunicado la desvinculación jurídica ni haber propiciado el debate contradictorio respecto a la tesis de desvinculación. **ii)** Vulneración del derecho a la motivación de las Resoluciones Judiciales, se ha detectado una argumentación ilógica, no desarrolla adecuadamente, las razones del porque en el presente caso debe aplicarse la autoría mediata, cuando en la misma sentencia el colegiado deja sentado que no es un caso típico de autoría mediata, contradiciéndose a sí misma.

4.3. SUB CAPITULO Nº 03

4.3.1.- TERCER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.

4.3.1.1.- *Establecer los criterios (presupuestos) para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales.*

4.3.1.2.- ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS PARA APLICAR ADECUADAMENTE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA

Discusión:

UNO. - Criterios establecidos en la doctrina, la jurisprudencia y en el caso de **AYMARAZO – Walter Aduviri**, tramitado por la Corte Superior de Justicia de Puno.

1.1.- Criterios establecidos en la teoría – Doctrina y Jurisprudencia:

1.1.1.- El profesor Carlos Escobar Antezano, (2009), señala los siguientes criterios para una adecuada desvinculación jurídica: “(...) 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 (...)”. Esta doctrina plantea 4 requisitos para realizar adecuadamente una desvinculación jurídica respetando las garantías procesales. (Escobar, por Casación 659-2014, Puno, fundamento 3.1)

1.1.2.- PRESUPUESTOS SEÑALADOS POR LA JURISPRUDENCIA:

El juicio de desvinculación es constitucionalmente aceptable, siempre y cuando:

a. El delito materia de condena pertenezca a la misma familia delictiva (tipo penal homogéneo): y b. La distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de lo defensa del imputado, esto es, que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad o que, en todo caso, no se trate de un fallo sorpresivo. (R.N. 1165-2015, Lima)

1.2.- DERECHO COMPARADO (Colombia).- LOS REQUISITOS PARA ALTERAR LA DELIMITACIÓN DE LA ACUSACIÓN

El juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente acusador penal en la acusación sin quebrantar las garantías fundamentales, indicó recientemente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior siempre que se trate:

- A. De un delito de menor entidad.
- B. Guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y
- C. No implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.

En tal sentido, afirmó que si bien el juzgador puede alterar la delimitación cuando se cumplan las exigencias descritas, lo cierto es que no puede incluir delitos que no hayan sido objeto de acusación, pues ello vulneraría el principio de congruencia, el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción.

Y es que la jurisprudencia penal ha sostenido de manera pacífica la relevancia de la estricta identidad fáctica entre la sentencia condenatoria y el

acto de la acusación, dado que de esa manera se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica sobre unos hechos respecto de los cuales no haya tenido oportunidad efectiva de controversia.

En ese sentido, el artículo 448 de la Ley 906 del 2004, como desarrollo del artículo 250 de la Constitución Política, al definir el objeto del ejercicio del poder punitivo contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la Fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento, imponiendo una total correlación factual entre el objeto de debate, inmutable, planteado por el acusador y el fallo sancionatorio.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. - Vale recordar que una sentencia es congruente en su elemento fáctico si se pronuncia sobre los hechos jurídicamente relevantes en los que la fiscalía basa la tipicidad del delito, los cuales deben referirse a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Por el contrario, aclaró el alto tribunal, la decisión es violatoria del principio de congruencia si desborda el marco fáctico fijado en la acusación para su posterior demostración en el juicio.

Así las cosas, manifestó como de vital importancia hacer énfasis y precisión en la sentencia tanto de “los hechos jurídicamente relevantes de la acusación como de la premisa fáctica del fallo”

En este contexto, los primeros hacen referencia a aquellas proposiciones respecto de las cuales la fiscalía propende su subsunción en un determinado tipo penal y, en general, en las normas que regulan la conducta punible.

Finalmente, advirtió que cuando hay trasgresión de este principio lo procedente no es decretar la nulidad, sino ajustar la sentencia a la acusación, para de esa manera corregir el yerro atribuido al fallador (M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa). (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-33792018 (50890), Ago. 15/18).

1.3.- APLICAR NORMA PROCESAL ANTERIOR NO GENERA NULIDAD DE LA DESVINCULACIÓN JUDICIAL. - No hay nulidad en la desvinculación judicial pese a que el juez fundamentó su decisión en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales cuando correspondía aplicar los artículos 374 y 397 del Código Procesal Penal. Ello debido a que estamos ante un instituto propio del proceso penal y que es común a ambos códigos.

No puede declararse la nulidad de la desvinculación procesal de la sentencia de primer grado por el solo hecho de no haberse fundamentado en los artículos 374 y 397 del Código Procesal Penal, sino en lo dispuesto en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

Asimismo, también es preciso indicar que si bien el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal regula el principio *tempus regit actum* (tal como lo desarrolla el Acuerdo Plenario Número 01-2007), por tratarse de institutos procesales propios del proceso penal y comunes a ambos Códigos, no media discrepancia sustancial con el resultado de la desconexión típica.

1.4.- PRIMERA POSTURA. - **¿Es posible condenar a una persona por un delito no previsto en la acusación?.**- La desvinculación procesal es una figura que permite al juez condenar a un procesado por un delito distinto al expuesto en la acusación. La Corte Suprema ha precisado que esto solo será procedente

si los hechos materia de acusación no constituyen un único delito. Además, deben cumplirse otros presupuestos.

Sin embargo, para que sea procedente es necesario que concurran los siguientes presupuestos: la homogeneidad del bien jurídico tutelado, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas; la preservación del derecho de defensa; coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y la favorabilidad. (Recurso de Nulidad N° 3424-2013-Junín)

En conclusión, si es posible condenar por un delito diferente a lo acusado, pero respetando los criterios establecidos.

1.5.- SEGUNDA POSTURA. - ¿Puede el juez condenar por un delito no postulado en la acusación fiscal?

En referencia a la Casación 430-2015, Lima, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En el argumento Décimo noveno de la Casación los magistrados supremos señalan: *“En el marco del proceso penal rige la máxima «el juez conoce el derecho» por lo que el objeto viene determinado por el hecho histórico, de modo que el juzgador tiene el imperio sobre el juicio jurídico de los hechos; lo que no significa que pueda mutar el hecho o lesionar la homogeneidad del bien jurídico, antes bien su preservación deviene obligatoria”*. La Corte Suprema se apoya también en los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116.

En esta Casación se cita a los Dres. Nieva Fenoll y Montero Aroca, quienes abogan en que el Juez conoce el Derecho y no está supeditado a lo que

digán las partes, pues el derecho debe ser moldeado al caso concreto, teniendo como límite los hechos y el principio de homogeneidad de bien jurídico. A mi juicio estas opiniones deben de tomarse con mucha reserva dentro de un proceso penal. En nuestro país existe el instituto procesal denominado “desvinculación de la acusación fiscal”, el cual tiene exigencias legales sin las cuales esta figura no opera. Esto desde ya me lleva a pensar y sostener que los argumentos esgrimidos por estos profesores españoles no tendrían asidero en nuestro proceso penal.

Tampoco estamos de acuerdo con el argumento Vigésimo, donde se recurre al Derecho Civil para justificar una desvinculación no comunicada. La Sala Penal Transitoria señala *“[...] en el artículo VII del CC, sobre el principio iura novit curia, señala que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente”*. En el Vigésimo segundo se deja establecido que sí se puede desvincular de la acusación (y no ser comunicada al imputado). Al respecto la Sala Penal Transitoria señala: *“De ahí que es posible que el tribunal revisor al evaluar la corrección jurídica de la decisión pueda desvincularse de la calificación jurídica planteada en primera instancia como expresión jurídica de la iudicium, en el ejercicio de la aplicación correcta de la norma jurídica y respeto al principio de legalidad”*.

Este criterio es contradictorio con otras decisiones de esta misma Sala Suprema y de la Sala Penal Permanente. Anteriormente este colegiado ya había señalado (en sentido contrario) que se puede modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya comunicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad de defenderse [R.N. 848-

2014, Huancavelica]. A este mismo criterio arribó esta misma Sala en el R.N. 3424-2013, Junín, donde se estableció que para que sea procedente es necesario que concurren los siguientes presupuestos: la homogeneidad del bien jurídico tutelado, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas; la preservación del derecho de defensa; coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y la favorabilidad.

Como ven la exigencia es que la nueva calificación sea comunicada al imputado. Esta interpretación tiene sentido y se ajusta a la legalidad del art. 397.2 del CPP: “En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria [...]”. Este precepto tiene una salvedad. Y es que, para hacerlo, como excepcionalidad, el Juez debe cumplir con la exigencia del art. 374.1 del CPP (desvinculación de la acusación).

En conclusión, esta segunda postura señala que si se puede condenar por un delito distinto a lo acusado, incluso sin comunicar la tesis de desvinculación a las partes, dado que el juez conoce el derecho, y debemos preservar el principio de legalidad.

1.6.- LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS COMO EXPRESIÓN DE CONTROL. - “El deber de motivar las resoluciones judiciales patentiza la exigencia general y permanente de control de las decisiones judiciales respecto al poder del que gozan los órganos jurisdiccionales a la hora de administrar justicia. De esta manera la obligación constitucional de fundamentar las decisiones judiciales es una manifestación del principio de control que constituye un elemento esencial e irrenunciable de un Estado de Derecho. En el ámbito

jurisdiccional la mayor y mejor expresión del principio de control es la obligación de motivar las resoluciones judiciales”. (Castillo, s/f, p. 29)

En este orden, es preciso indicar, que el acto de argumentar las decisiones judiciales es un ejercicio de control, de filtro que realiza el órgano jurisdiccional, facultad que emana de un estado constitucional de derecho. Este deber consagrado en la constitución faculta a los jueces ejercer esta fiscalización (control), para evitar arbitrariedades y abusos.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: El desarrollo y la aplicación de la desvinculación jurídica a traído serios problemas en los procesos penales, la doctrina por su parte aún no se pone de acuerdo sobre la viabilidad de su aplicación en un modelo acusatorio garantista, incluso se debate sobre su inconstitucionalidad, por afectar el modelo acusatorio, en este orden surge la necesidad de plantear los criterios para su aplicación y el respecto a las garantías procesales.

SEGUNDA: El tratamiento jurisprudencial de la desvinculación jurídica es sumamente variado en el Perú, incluso contradictorio entre ellas mismas, unos minimizan las garantías procesales y otros plantean el respeto irrestricto de las garantías, dado que al analizar las catorce jurisprudencias, se advirtió los siguientes aspectos a resaltar, que constituyen hallazgos de la investigación: 1.- **La desvinculación jurídica y la prisión preventiva.**- La jurisprudencia ha establecido que no se puede discutir la desvinculación jurídica, (calificación jurídica) en una audiencia de prisión preventiva. 2.- **Cambio del título de intervención delictiva.** - La Jurisprudencia ha sostenido que es válido cambiar la intervención delictiva del imputado, mediante la acusación complementaria. 3.- **Aplicación del Acuerdo Plenario Número 04-2007/CJ-116 en los casos tramitados con CPP del 2004.**- Es valida la aplicación del mencionado acuerdo porque son de la misma naturaleza jurídica. 4.- **El juez y la desvinculación.** - Al variar calificación jurídica juez debe dar oportunidad de generar el contradictorio. 5.- **La desvinculación al emitir la sentencia.** - La desvinculación no comunicada y sorpresiva vulnera el derecho de defensa. 6.- **Desvinculación en segunda instancia.** - La Sala puede realizar la desvinculación y corregir la

tipificación. 7.- **Criterios de desvinculación.** - Tipo legal homogéneo y de menor entidad lesiva. El principio de contradicción, Inmutabilidad de los hechos. 8.- **Facultad del tribunal.** - El tribunal revisor puede variar calificación jurídica aun no comunicando a las partes.

TERCERA: La tensión y el conflicto entre la figura procesal de la desvinculación jurídica y el principio acusatorio que guía nuestro proceso penal, se debe analizar desde dos perspectivas para determinar, si existe o no afectación o quebrantamiento del principio acusatorio: **1.-** El Código Procesal Penal de 2004, no se enmarca en lo específico dentro de un sistema acusatorio puro, tampoco en un sistema adversarial, ni en un sistema garantismo que postula Luigi Ferrajoli, ni en especial, tampoco en un sistema inquisitivo; entonces, ¿A qué sistema procesal pertenece el Código Procesal Peruano?, la respuesta es: pertenece a un sistema acusatorio mixto con rasgos adversariales, siendo esto así, la regulación de la desvinculación jurídica no vulnera directamente el principio acusatorio, pero su incorrecta aplicación si vulnera la garantía del derecho de defensa. **2.-** En un escenario del sistema acusatorio puro, donde la división de roles es estricto, donde ninguna de las partes puede reemplazar la tarea del otro; en este sentido, ante una acusación defectuosa en la calificación jurídica, lo que corresponde al juez es absolver al acusado, porque el juez está prohibido de subsanar los errores en la que incurren las partes; en suma, toda intervención oficiosa del juez está prohibido en un sistema acusatorio puro, donde los únicos protagonistas son las partes. En consecuencia, cualquier intento de aplicación o variación de la calificación jurídica será atentatorio de la garantía constitucional del principio acusatorio.

CUARTA: Los presupuestos y/o criterios que se deben observar obligatoriamente para aplicar la desvinculación jurídica en un caso concreto, y en el marco del respecto de las garantías procesales, bajo sanción de nulidad, son las siguientes: **1.-** Garantía del derecho de defensa, el juez debe comunicar sobre la desvinculación y aperturar el escenario para el debate y si fuera posible al ofrecimiento de prueba nueva. **2.-** Oportunidad para plantear la desvinculación, La oportunidad debe ser conforme la regla procesal, antes de la culminación del debate probatorio. **3.-** Homogeneidad del bien Jurídico, el delito por la que se pretende la desvinculación debe pertenecer a la misma familia del bien jurídico. **4.-** La desvinculación procesal es facultad exclusiva y excepcional del juez de juicio de Primera Instancia, mas no de la Sala Penal, en caso de que este último advierta la incorrecta tipificación, declarara nulo la sentencia y ordenara nuevo juicio oral. **5.-** Sin empeorar la situación jurídica, es decir el delito por la que se pretende desvincularse debe ser de menor entidad lesiva. **6.-** La única posibilidad en la que el juez proponga la tesis de desvinculación es cuando las partes hayan pedido directa o indirectamente durante el juicio oral. **7.-** Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda a los operadores del derecho observen los siguientes presupuestos para realizar la desvinculación jurídica en un caso concreto, bajo sanción de nulidad: **1.-** Garantía del derecho de defensa, El juez debe comunicar sobre la desvinculación y aperturar el escenario para el debate y si fuera posible al ofrecimiento de prueba nueva. **2.-** Oportunidad para plantear la desvinculación, La oportunidad debe ser conforme la regla procesal, antes de la culminación del debate probatorio. **3.-** Homogeneidad del bien Jurídico, el delito por la que se pretende la desvinculación debe pertenecer a la misma familia del bien jurídico. **4.-** La desvinculación procesal es facultad exclusiva y excepcional del juez de juicio de Primera Instancia, mas no de la Sala Penal, en caso de que este último advierta la incorrecta tipificación, declarara nulo la sentencia y ordenara nuevo juicio oral. **5.-** Sin empeorar la situación jurídica, es decir el delito por la que se pretende desvincularse debe ser de menor entidad lesiva. **6.-** La única posibilidad en la que el juez proponga la tesis de desvinculación es cuando las partes hayan pedido directa o indirectamente durante el juicio oral. **7.-** Coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo.

SEGUNDA: Se recomienda al Ilustre Colegio de Abogados y a los señores congresistas representantes por Puno, elaborar una propuesta legislativa a fin de postular su modificatoria del Artículo 374.1 del Código Procesal Penal, en el siguiente modo:

REDACCIÓN ACTUAL. - *“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. (...).”

REDACCIÓN MODIFICATORIA.- “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. (...).”

Para aplicar la desvinculación jurídica se observará las siguientes reglas, bajo sanción de nulidad: 1.- Excepcionalidad, 2.- Homogeneidad, 3.- Menor entidad lesiva, 4.- Coherencia, 5.- Derecho de defensa.

TERCERA: Se recomienda al Presidente del Poder Judicial y a la presidencia de las dos Salas Penales de la Corte Suprema de la República, a fin de que convoquen a un pleno casatorio extraordinario, para elaborar un nuevo Acuerdo Plenario sobre la desvinculación jurídica, toda vez, que, a la fecha, no existe uniformidad, incluso, muchos de ellos se contradicen entre sí, conforme hemos podido advertir a través de la presente investigación. Proponemos y recomendamos, que el debate del pleno casatorio debe girar en torno a dos ejes temáticos: **i)** Criterios para la aplicación de la figura procesal de la desvinculación jurídica, **ii)** La iniciativa oficial del juez o la solicitud de parte como presupuesto para la viabilidad de la aplicación de la desvinculación jurídica y preservar el principio acusatorio.

VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116, *Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales*, Perú.
2. Aguilar, D. (2014). *Algunas consideraciones generales sobre la tesis de desvinculación procesal II*, Publicada en Página Ámbito jurídico.com, Rio Grande, Recuperado el 05-11-2018, y disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14067.
3. Armenta, T. (2009). *Principio acusatorio: realidad y utilización*, Publicada en *Ius et veritas* 16, Recuperado el 12-11-2018, y disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15774/16208>.
4. Carbonell, M. (2009). *¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve*, Publicada en Página miguelcarbonell.com, Recuperado el 12-11-2018, y disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml.
5. Casación N° 659-2014. (2016)
6. Casación N° 6017-2015, Huaura.
7. Castillo, G. (2016), *La correlación de la acusación con la sentencia*, *Actualidad Penal*, año 2, volumen 22, Recuperado el 19-04-2018, y disponible en: <file:///E:/LITIGACI%C3%93N%20E%20INVESTIGACI%C3%93N%20-%202018/PERFIL%20Y%20TESIS/PROYECTO%20DE%20TESIS%20>

DE%20NEPTALI%20-/guido_castillo_lira -

la_correlacion_de_la_acusacion_con_la_sentencia.pdf.

8. CSJP, (2014) *Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante*, Primera Parte Materia Penal (II): Sentencias Plenarias y Precedentes Vinculantes, Segunda Colección Jurídica, ISBN: 978-612-4225-06-2, Lima-Perú.
9. Ccalla, M. Á. (2011). *El principio de desvinculación contraviene los principios acusatorios e imparcialidad en el proceso penal peruano*. Universidad Nacional del Altiplano, Recuperado el 19-04-2018, y disponible en: <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/368>.
10. CSJP, (2014) *Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante*, Primera Parte Materia Penal (II): Sentencias Plenarias y Precedentes Vinculantes, Segunda Colección Jurídica, ISBN: 978-612-4225-06-2, Lima-Perú.
11. CSJP, (2013) *Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante*, Primera Parte Materia Penal (I) Acuerdos Plenarios, Primera Colección Jurídica, ISBN: 978-612-46283-3-7, Lima-Perú.
12. CNM (2009) *Primer Concurso de Investigación Jurídica de la Jurisprudencia Nacional*, Mirsa Editores e Impresores S.A.C.
13. Escobar, C. (2009) *Problemas en la Aplicación de la Desvinculación Procesal. Principio de Determinación Alternativa: Alcances del Artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales*, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5, p.103, Perú, Recuperado el 05-11-2018, y disponible en:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b940608046cbca3d8d1f8d4401>

[3c2be7/06.+Jueces+-](#)

[+Carlos+Escobar+Antezano.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b940608](#)

[046cbca3d8d1f8d44013c2be7.](#)

14. Iberley, (2014). *Tesis de desvinculación del artículo 733 LECr*, Página jurídica de intranet, España, Recuperado el 05-11-2018, y disponible en: [https://www.iberley.es/temas/tesis-desvinculacion-articulo-733-lecr-55751.](https://www.iberley.es/temas/tesis-desvinculacion-articulo-733-lecr-55751)
15. Mendoza, J. (2009). *La correlación entre la acusación y la sentencia. una visión americana*, IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 149-171 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México.
16. STC (2016) Expediente N° 04236-2015-PHC/TC.
17. Pleno Jurisdiccional, (2006) *Desvinculación de la Acusación Fiscal en los Procesos Penales Sumarios*, Moquegua – Perú.
18. Quiroz, W. A. (2017). *Hacia la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal*, Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Procesal de la PUCP, Lima.
19. STC (2017) Expediente N° 01798-2016-PHC/TC.
20. Teruel, J. (2014) *El principio acusatorio y sus garantías*. Trabajo para optar el Grado de Abogado de la Universitat Jaume-I.
21. Vela, R. E. (s/f), *Desvinculación Procesal: Alcances del artículo 285 – A del Código de Procedimientos Penales y Acuerdo Plenario N 4-2007/CJ-116, alerta informativa*, Recuperado el 19-04-2018, y disponible en: [https://es.scribd.com/document/267981219/Desvinculacion-Procesal.](https://es.scribd.com/document/267981219/Desvinculacion-Procesal)

ANEXO N° 1.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMA GENERAL Y ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS	CONCLUSIÓN GENERAL Y ESPECÍFICAS	UNIDAD DE ESTUDIO Y DIMENSIONES	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>“DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA Y LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 374:1 DEL CODIGO PROCESAL PENAL”.</p>	<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Cómo es el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia y se afecta el principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación procesal de la desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>1.- ¿Cómo es el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana?</p> <p>2.- ¿Se afecta el principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal?</p> <p>3.- ¿Cuáles deben ser los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales?</p>	<p>GENERAL</p> <p>Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia y verificar la posible afectación del principio acusatorio a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>1.- Analizar el tratamiento de la desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana.</p> <p>2.- Establecer la afectación del principio acusatorio con la aplicación de la institución procesal de desvinculación Jurídica a propósito del artículo 374:1 del Código Procesal Penal.</p> <p>3.- Establecer los criterios para aplicar la figura procesal de la desvinculación Jurídica a fin de no vulnerar las garantías procesales.</p>	<p>CONCLUSIÓN GENERAL</p> <p>El desarrollo y la aplicación de la desvinculación jurídica a traído serios problemas en los procesos penales, la doctrina por su parte aún no se pone de acuerdo sobre la viabilidad de su aplicación en un modelo acusatorio garantista, en este orden surge la necesidad de plantear los criterios para su aplicación y el respecto a las garantías procesales.</p> <p>CONCLUSIONES ESPECÍFICAS</p> <p>1.- La desvinculación jurídica ha traído problemas en su aplicación práctica, tal es así que ha merecido el pronunciamiento de la Corte Suprema a través de las Sentencias Casatorias, donde se ha establecido algunos criterios y orientaciones para su aplicación, pero que no son suficientes ni evitan la problemática suscitada.</p> <p>2.- La aplicación de la desvinculación jurídica afectaría gravemente el Principio acusatorio, toda vez que, ningún otro sujeto procesal puede modificar los términos de la acusación relacionado con el delito y la pena postulada por el Ministerio Público, porque el monopolio de la acusación únicamente corresponde a los fiscales en merito a la Constitución y su ley orgánica.</p> <p>3.- Los presupuestos de la desvinculación jurídica debe realizarse bajo los parámetros constitucionales; respetando estrictamente el derecho de defensa, respetando el principio acusatorio, homogeneidad del bien jurídico.</p>	<p>UNIDAD DE ESTUDIO:</p> <p>“Desarrollo jurisprudencial de la DESVINCULACIÓN Jurídica y la INFRACCIÓN del principio ACUSATORIO”</p> <p>Dimensiones:</p> <p>1.- La desvinculación jurídica en la jurisprudencia peruana.</p> <p>2.- Infracción del Principio acusatorio con la aplicación de la desvinculación jurídica. (Doctrina Jurisprudencia).</p> <p>3.- Criterios para aplicar la desvinculación Jurídica a fin de respetar las garantías procesales.</p>	<p>TIPO O ENFOQUE:</p> <p>Cualitativo</p> <p>DISEÑO:</p> <p>Dogmático- Estudio de Caso.</p>	<p>MÉTODOS:</p> <p>1.- Método Sistemático</p> <p>2.- Método Dogmático</p> <p>3.- Estudio de caso</p> <p>TÉCNICAS:</p> <p>-Revisión Documental</p> <p>-Argumentación</p> <p>-Análisis</p> <p>-Interpretación</p> <p>INSTRUMENTOS</p> <p>;</p> <p>-Fichas de análisis de contenido.</p> <p>-Ficha de citas textuales.</p> <p>-Fichas Resúmen. de</p>

ANEXO N° 02

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA BIBLIOGRÁFICA PARTICULAR

MENDOZA DÍAZ, Juan.

“LA CORRELACIÓN ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA. Una visión americana”

(IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C)

Edición: 2009, Puebla, México.

Primera N° 24

Link: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968007>

pp. 149-171

La revista materia de la ficha bibliográfica, fundamentalmente nos ayudó en abordar sobre la correlación entre la acusación y la sentencia, nos sugiere algunos escenarios donde se vulnera y finalmente nos proporciona algunas soluciones concretas sobre la congruencia procesal.

ANEXO N° 03

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA TEXTUAL

TEMA: “*DESVINCULACIÓN PROCESAL.- Alcances del artículo 285 – A del Código de Procedimientos Penales. Acuerdo Plenario N 4-2007/CJ-116*”

Ficha N° 09.

Autor: Vela Barba, R. F (2011).

Pág.: 03

“(…)Cuando la Sala Sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de ejecución delictiva, distintos a los contenidos en la acusación, 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 pedida erróneamente por 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 (…).”

Nota: Este extracto fue recogida de la publicación Virtual en Formato de PDF de alerta Informativa.

LINK: <http://www.esade.edu/itemsweb/research/ipdp/162Probotica.pdf>.

ANEXO N° 04

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE RESUMEN

OBJETO DE RESUMEN: Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla Mexico.

PUBLICACIÓN: Publicado en Puebla AC-2009 Instituto de Ciencias Jurídicas.

TITULADO: *Correlación entre la acusación y la sentencia una visión americana.*

AUTOR: Juan Mendoza Diaz

Resumen

El autor refiere que existe criterio preponderante en la doctrina de que la exigida congruencia solo debe darse con el objeto del proceso, definido ya como los hechos que conforman la acusación, como la fundamentación jurídica o título de la pena y la sanción concreta que se interesa, pues en el proceso penal impera el imperio del principio IURA NOVIT CURIA que condiciona que el tribunal no deba hacer suspender su calificación de lo planteado por el fiscal sino que está sujeto al apego a la norma, según su propio criterio de tipificación. Este principio que tiene vigencia en toda la actividad jurisdiccional, incluida la administración de justicia civil en que los intereses en disputa son indisponibles, adquiere que en el proceso penal una mayor relevancia.

ANEXO N° 05

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

- 1.1. Título de contenido: **“Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales”**
- 1.2. Autor: Carlos Escobar Antezano.
- 1.3. Lugar de Edición: Publicación Virtual: Lima – Perú.

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS**ARGUMENTOS****ANÁLISIS**

Se aplica la desvinculación cuando existe una errónea tipificación en los requisitos establecidos, como pertenecer al mismo bien jurídico, inmutabilidad del hecho y de las pruebas del proceso. Esta desvinculación se puede dar en el juicio de tipificación en el auto de enjuiciamiento, en el auto de apertura de instrucción o en el desarrollo del juicio oral hasta antes de la acusación fiscal final o la requisitoria oral, siempre que el hecho fáctico ha sido mal tipificado.

OBSERVACIÓN

Esta información para su correspondiente análisis ha sido extraído del siguiente link: <http://www.docplayer.es/64387972-Carlos-escobar-antezano-desvinculación-procesal-y-principios-de-determinación-alternativa.html>

ANEXO N° 06

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

TÍTULO:1.2. **Subtítulo:** Criterios adoptados (Doctrina, jurisprudencia, legislación)1.3. **AUTOR:** El Tesista1.4. **Categoría:** Criterios

II CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.

TEORÍA	ARGUMENTO	Pág.	ANÁLISIS
A.- Tribunal Constitucional.-	El Tribunal Constitucional indica que el juez se encuentra premunido de la facultad de apartarse de los términos de la acusación fiscal, en tanto se respete los hechos que son objeto de acusación.	03 EXP. N° 01798 -2016	La correlación entre lo acusado y lo condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación sea respetada al momento de emitir la sentencia.
B.- Corte Suprema.-	Se colige el acuerdo plenario N° 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.	08 CAS. 659- 2014	Adopta la postura de Carlos Escobar Antezano respecto de los requisitos para aplicar la Desvinculación Jurídica.
C.- Legislación	Establecido que debe aplicarse en base al art. 285-A del código de Procedimientos Penales, a pesar que se tiene también el art. 374.1 del NCPP.	NCPP	En la doctrina jurisprudencial se establece que debe aplicarse el acuerdo plenario 04-2007, haciendo referencia al art. 285-A del CPP.

ANEXO N° 07

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO I

EXPEDIENTE : N° 00682-2001-JR-PE-02	
Órgano jurisdiccional: 1° Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial – Corte Superior de Justicia de Puno.	
DELITO: 1.- Contra la tranquilidad pública y otros.	
PROCESADO: Walter Aduviri Calisaya y otros	AGRAVIADO: Estado Peruano y otros.
Pieza procesal objeto de análisis	Sentencia Penal
Estado	Condenatoria y declarado nulo
<u>SENTENCIA PENAL COLEGIADA</u>	
RESOLUCION N° 63 Puno, dieciocho de julio Del año dos mil dieciséis.- EL JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL DE LA CORTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO.	
<u>SENTENCIA:</u>	
<u>PRIMERO.-</u> POR UNANIMIDAD, ABSOLVER a los acusados WALTER ADUVIRI CALISAYA, PATRICIO ILLACUTIPA ILLACUTIPA, GILVER CHURA YUPANQUI, JAVIER PARI SARMIENTO, RUFINO MACHACA QUINTO, DOMINGO QUISPE TANCARA, EDDY URIARTE CHAMBILLA, GREGORIO URURI FERNÁNDEZ, FELIX ILLACUTIPA MAMANI Y SEVERO EFRAÍN ITURRY GANDARILLAS, de los cargos formulados por el señor Fiscal, como presuntos COAUTORES de del delito	

CONTRA EL PATRIMONIO, en su modalidad de **Extorsión**, en su forma de **EXTORSIÓN AGRAVADA**, previsto y sancionado en el artículo 200°, tercer párrafo, concordante con la agravante prevista por el quinto párrafo, literal b) del mismo artículo del Código Penal, y **alternativamente** por la comisión del Delito **CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA**, en su modalidad de Delitos **Contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros Servicios Públicos**, en su forma de **ENTORPECIMIENTO AL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS**, previsto y sancionado en el artículo 283°, primer párrafo, concordante con la agravante prevista por el segundo párrafo del acotado artículo del Código Penal, todo en agravio del ESTADO PERUANO, representado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior. En consecuencia, **DISPONEMOS** el **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO** de la presente causa, y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se haya originado a consecuencia de esta causa, con dicho objeto se giren los oficios respectivos una vez que quede consentida o ejecutoriada.

Importancia.- La sentencia desarrolla ampliamente sobre las exigencias típicas de los tres delitos imputados, y sobre el juicio de imputación necesaria y sobre las intervenciones delictivas, autoría mediata, coautoría y otras formas de participación.

ANEXO N° 08

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO II

EXPEDIENTE : CASACIÓN N° 317-2018/ICA	
Órgano jurisdiccional: Corte Superior de Ica	
DELITO: 1.- Delito de Parricidio.	
PROCESADO: TAK QUAN LAU LAU	AGRAVIADO: Sandra Jennifer Sifuentes Salcedo
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Condenatoria y declarado nulo
CASACIÓN	
RESOLUCION N° 317-2018 ICA Lima, veinticinco de octubre de dos mil dieciocho.	
SENTENCIA:	
<p>PRIMERO.- En el presente caso, se cambió el título de intervención delictiva del acusado, de autor mediato al de autor material directo, al excluirse, como inicialmente se postuló, que un tercero, por órdenes suyas, mató a la agraviada, sin que varíe la afirmada intervención de otras personas en la ejecución típica. El hecho nuevo consistió, más allá de la variación del título de intervención delictiva, en que el imputado, según la Fiscalía, fue quien disparó a la agraviada, no un desconocido por orden de él. La calificación legal, en el ámbito del título de intervención delictiva, como consecuencia de ese cambio de situación fáctica, varió y, por consiguiente, generó de parte del Ministerio Público una acusación complementaria. Tal acusación es</p>	

lícita. 2. La literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos.- Un esclarecimiento en este punto, pese a que mediaron dos informes periciales de parte en sentido contrario, resultaba indispensable, tanto más si sobre las hipótesis alternativas propuestas por la defensa en este punto no se produjo un examen pericial puntual y riguroso.

La Sala Suprema, en su fallo, refirió que "no existió un cambio ilícito de la calificación jurídica o legal de los hechos. No se mutó por completo los hechos, ni se trató de un factum radicalmente distinto; solo se cambió parte de la ejecución típica del mismo y la exclusión de un sujeto en la comisión material del mismo. La autoría atribuida al imputado (...) no se alteró radicalmente –toda clase de autoría tiene una misma respuesta legal– ; de autoría mediata se pasó a autoría material por exclusión de un individuo en el acto de disparar a la agraviada".

Importancia.- En atención a que únicamente se aceptó el motivo casacional referido a la inobservancia de precepto constitucional: defensa procesal; en este error jurídico debe concentrarse preponderantemente el nuevo juicio oral.

ANEXO N° 09

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO III

EXPEDIENTE : RECURSO DE CASACIÓN N° 659-2014 PUNO	
Órgano jurisdiccional: Corte Superior de Justicia	
DELITO: 1.- Delito de Tráfico ilícito de Drogas	
PROCESADO: Jean Paul VelázquezGrandéz, y otros.	AGRAVIADO: Estado peruano.
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Declarado nulo
CASACIÓN	
RESOLUCION N° 659-2014 PUNO Lima, diez de mayo de dos mil dieciséis.	
SENTENCIA:	
PRIMERO.- 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.

FUNDAMENTOS DESTACADOS.- **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.

Importancia.- Se determina como la doctrina jurisprudencial lo señalado por Carlos Escobar Antezano (...) para los supuestos en el que se aplica la desvinculación es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación que son a). homogeneidad del bien jurídico; 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.

ANEXO N° 10

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO IV

EXPEDIENTE : CASACIÓN N° 828-2014 LAMBAYEQUE	
Órgano jurisdiccional: Corte Superior de Justicia	
DELITO: 1.- Robo agravado.	
PROCESADO: Wilson Gabriel Flores	AGRAVIADO: Emilio Ordoñez Mora y otros.
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Nula la sentencia de vista.
CASACIÓN	
RESOLUCION N° 828-2014 Lambayeque Lima, siete de junio de dos mil dieciséis.	
SENTENCIA:	
PRIMERO.- En el presente caso, se colige que el Ministerio Público durante el decurso del proceso mantuvo su pretensión respecto a la calificación jurídica que realizó en contra del encausado Wilson Gabriel Flores, siendo ésta su participación en el ilícito de robo agravado, en calidad de cómplice secundario, solicitando siete años de pena privativa de libertad; sin embargo, de oficio el Juzgado Penal Colegiado de Lambayeque, al emitir pronunciamiento, consideró que la conducta del referido encausado en el evento delictivo se configuraría como coautoría, por lo que le impuso doce años de pena privativa de libertad; advirtiéndose que si bien el Juzgador tiene facultad de desvincularse de la calificación jurídica, previamente	

realizada por el Fiscal, cuando existe un error normativo; no obstante, existe una limitación, siendo esta que no agrave la situación jurídica del procesado, menos aún vulnere alguna norma procesal que genera la nulidad absoluta del proceso cuando existe vulneración de algún derecho constitucional que reviste todo justiciable.

En ese sentido, la Sala de Mérito no advirtió que la decisión de primera instancia, infringió la garantía constitucional al debido proceso, conexo al derecho de defensa que le asiste al encausado Wilson Gabriel Flores, toda vez que no tuvo la oportunidad de contradecir dicha agravación mediante diferentes mecanismos de defensa en la secuela del juicio oral, ni otorgarle la notificación oportuna de la posibilidad de desvincularse a fin de preparar su defensa. Por el contrario, consideró que la decisión de primera instancia estaba conforme a derecho.

Importancia.- La sala de Mérito no advirtió que la decisión de primera instancia infringió la garantía constitucional al debido proceso, conexo al derecho de defensa que le asiste al encausado Wilson Flores, toda vez que no tuvo oportunidad de contradecir dicha agravación mediante diferentes mecanismos de defensa en la secuela del juicio oral, ni otorgarle la notificación oportuna de la posibilidad de desvincularse a fin de preparar la defensa.

ANEXO N° 11

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN

A los operadores del derecho apliquen la propuesta planteada en la presente investigación:

Se propone que mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno y/o congresistas representantes por Puno, elaborar una propuesta legislativa a fin de postular su modificatoria del Artículo 374.1 del Código Procesal Penal, en el siguiente modo:

REDACCIÓN ACTUAL.- *“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. (...).”

REDACCIÓN MODIFICATORIA.- *“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. (...).”

Para aplicar la desvinculación jurídica se observará las siguientes reglas, bajo sanción de nulidad: 1.- Excepcionalidad, 2.- Homogeneidad, 3.- Menor entidad lesiva, 4.- Coherencia, 5.- Derecho de defensa.