



Desvinculación procesal

Sumilla. La acusación oral modificada –diferente, por cierto, de la acusación complementaria–, si se trata de agravar la situación jurídica del acusado bajo la subsunción normativa del hecho a un tipo legal más grave –distinto del citado en la acusación escrita–, tiene límites, pues si tal planteamiento no ha sido formulado en las fases previas del juicio oral, es obvio que no puede, sorpresivamente, plantearse en sede de alegatos –fase final del juicio oral–. En estas condiciones, la posibilidad de la Fiscalía de modificar la acusación escrita precluyó irremediablemente.

Lima, diez de enero de dos mil diecisiete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado PASTOR CURO BRICEÑO, la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE LA MERCED y EL ABOGADO DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y LAVADO DE ACTIVOS contra la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos sesenta y cinco, de veintiocho de enero de dos mil dieciséis, en cuanto (i) lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a 8 años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa y cinco años de inhabilitación, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil, y (ii) lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de lavado de activos en agravio del Estado.

Oído el informe oral.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. De la impugnación de las partes procesales

PRIMERO. Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso formalizado de fojas tres mil quinientos treinta, de diez de febrero de dos mil dieciséis, requiere se anule el extremo absolutorio de la sentencia. Aduce que el Tribunal anotó que no existe imputación mínima del comportamiento económico y financiero del acusado relacionado con el delito de lavado de activos; que el imputado adquirió nueve inmuebles, registró a su nombre dieciocho vehículos, vendió dieciséis de ellos a terceros, así como adquirió armas y municiones; que, además, es propietario de la empresa Servicios Múltiples Residencial SCRL, pero no acreditó que esa empresa le genere ingresos económicos del

período dos mil dos a diciembre de dos mil nueve, no tiene RUC ni paga impuestos.

SEGUNDO. Que el abogado de la Procuraduría Pública del Estado en su recurso formalizado de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta, de doce de febrero de dos mil dieciséis, insta se anule la absolución por delito de lavado de activos y se aumente la reparación civil. Alega que en el registro domiciliario del imputado se halló pasta básica de cocaína, dos escopetas, una pistola abastecida, dos chalecos antibalas, entre otros bienes; que el imputado tiene varios procesos e investigaciones por tráfico ilícito de drogas; que no está acreditado que los bienes que posee son producto de una actividad ajeno al delito; que su conducta está enmarcada en los artículos 1 y 4 del Decreto Legislativo número 1106; que el imputado, pericialmente, registra un desbalance patrimonial; que la pericia policial está plagada de irregularidades; que la reparación civil, por el carácter del delito de tráfico ilícito de drogas, debe aumentarse a treinta mil soles.

TERCERO. Que el imputado Curo Briceño en su recurso formalizado de fojas tres mil quinientos treinta y seis, de once de febrero de dos mil dieciséis, solicita se le absuelva de los cargos por delito de tráfico ilícito de drogas. Sostiene que la diligencia de intervención domiciliaria se realizó sin la presencia del Fiscal y no se estableció que las coordenadas objeto de la diligencia correspondan a su domicilio; que en el interior de su vivienda no se encontró bien delictivo alguno; que se le condenó dos veces por el mismo hecho; que el acta de pesaje de droga no se confeccionó en el lugar de los hechos, sino en la Comisaría de Pucallpa; que durante el proceso no se adjuntó el dictamen pericial de droga; que la conclusión de desbalance patrimonial se efectuó sin tener documentación alguna.

§ 2. De los hechos objeto de acusación fiscal y sentencia

CUARTO. Que los hechos objeto del proceso penal son los siguientes:

- A.** El veinte de julio de dos mil dos mil doce, como a las cero horas quince minutos, en el distrito de Palzazu, provincia de Oxapampa, departamento de Pasco, personal policial con conocimiento del Ministerio Público, en los marcos de una operación de interdicción de drogas, intervino al encausado Curo Briceño y su domicilio, ubicado en la tercera etapa de la avenida San Cristóbal, de la ciudad de Constitución – Oxapampa, porque habían recibido información que narcotraficantes se dedicaban al acopio de drogas para su comercialización.

- B.** En el patio del inmueble, entre los sembríos de yuca, se halló una bolsa de plástico que contenía cero punto cero treinta y nueve kilogramos netos de pasta básica de cocaína. En el ambiente contiguo se encontraron dos escopetas marca Hatzan calibre doce. Asimismo, en el segundo ambiente, en una cama de madera, en la parte de la cabecera debajo de una almohada se ubicó: Una pistola semiautomática marca Browning, modelo “Tisas Faith trece” de color negro con su respectiva cacerina abastecida con ocho municiones calibre nueve mm corta. Así también, en dicho ambiente, en la parte posterior de la cama, se ubicó una pistola semiautomática marca Saga con veinticinco cartuchos, otros diecinueve cartuchos y cincuenta municiones calibre nueve milímetros, y al costado se encontró una cacerina para pistola semiautomática de nueve milímetros. En el tercer ambiente utilizado como cocina, detrás de un repostero de madera, se ubicó un arma de fuego (escopeta) marca “Hatsan”, modelo Escort, color negro Calibre. Así, se incautaron cuatro armas de fuego (escopetas y pistolas). En el dormitorio se hallaron dos celulares marca Samsung y tres relojes pulsera, y en el segundo ambiente, en un ropero, dos chalecos antibalas y documentos personales y manuscritos, al igual que estuche para pistola y una llave de una camioneta Toyota.
- C.** El imputado Curo Briceño, como líder de una organización criminal, se dedicaba asimismo a lavar activos derivados del tráfico de drogas. Producto de esa actividad delictivo adquirió numerosos trimoviles, camionetas e inmuebles, consignados a nombre de terceros. Además, creó la empresa “Servicios Múltiples Residencial SRL”; y, para ocultar su liderazgo delictivo, actuaba como conductor de vehículos de transporte de pasajeros, dirigía la referida empresa tras sus encargados y cuidaba ganado vacuno que tenía en Ciudad Constitución. El patrimonio del encausado asciende a ciento veinte mil soles.

§ 3. Del examen de la causa y de los puntos impugnativos

QUINTO. Que, en cuanto al delito de tráfico ilícito de drogas, consta del acta de intervención, registro domiciliario, ubicado, Prueba de Campo y Comiso de Droga e Incautación de arma de fuego, municiones y documentos de fojas ochenta y tres, el hallazgo de la droga, armas de fuego, municiones y documentos. En esa diligencia no intervino el Ministerio Público. Según el acta de pasaje de fojas ciento ocho, la droga (pasta básica de cocaína) tiene un peso bruto de cuarenta y tres gramos. La copia de la pericia química de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y cinco, remitida vía fax, confirmó lo

incautado y que su peso neto es de cero, cero treinta y nueve de pasta básica de cocaína.

Es sabido que la presencia del Fiscal en una diligencia de interdicción no constituye un requisito de validez de la misma. Distinto es el caso si tal diligencia puede considerarse prueba preconstituida. Salvo que haya sido posible la comunicación previa a la Fiscalía y su concurso –sujeto a diversos factores de orden logístico o de personal–, no puede sostenerse que tal diligencia carece de valor probatorio. Solo un formalismo enervante puede aceptar tal posición.

SEXTO. Que la Fiscalía en la acusación escrita de fojas dos mil cuatrocientos noventa y tres, de veintidós de setiembre de dos mil catorce, calificó el hecho en el tipo privilegiado del artículo 298 del Código Penal. Al inicio del acto oral, la Procuraduría Pública solicitó la desvinculación respecto de ese tipo legal [fojas dos mil ochocientos, de dieciséis de setiembre de dos mil quince], pero el Tribunal ni siquiera la sometió a contradicción, y solo expresó que esa posibilidad quedaba abierta (sic). Culminada la fase probatoria, el Fiscal modificó la acusación fiscal para instar la aplicación del artículo 296 del Código Penal, pero la defensa no dio respuesta al respecto, ni el órgano jurisdiccional propuso un trámite específicamente contradictorio, en tanto que la defensa solo se limitó a alegar una vulneración del *ne bis in ídem* –persecución penal múltiple– y una negativa a la tenencia de esa droga (ajenidad respecto del objeto material del delito).

SÉPTIMO. Que si bien es cierto existe prueba material (*corpus delicti*) de la droga decomisada y que ésta importa una escasa cantidad, no sobrepasa los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína, tal como preceptúa el artículo 298, numeral 1 del Código Penal, el punto de la tipicidad no ha sido abordado correctamente en cumplimiento de los principios acusatorio y, principalmente, de contradicción.

Primero, la parte civil no está legitimada para instar planteamientos alternativos en orden al objeto penal del proceso. Segundo, la tipificación del hecho integra el objeto penal, pues éste no solo es un mero hecho o *factum*, también lo integra su relevancia jurídico penal en orden a la tipificación del mismo. Tercero, que aun cuando no se alteró el bien jurídico –base del principio acusatorio–, sí se vulneró el principio de contradicción y, con él, la garantía de defensa procesal. En efecto, el Tribunal, antes de la culminación de la fase probatoria, no planteó la tesis conforme al artículo 285-A, apartado 2, del Código de Procedimientos Penales ni dio al imputado la posibilidad de defenderse e, incluso, solicitar la suspensión de la audiencia –esta posibilidad importa que la Tesis no puede introducirse precluida la fase de actuación

probatoria-. Además, la acusación oral modificada –diferente, por cierto, de la acusación complementaria–, si se trata de agravar la situación jurídica del acusado bajo la subsunción normativa del hecho a un tipo legal más grave –distinto del citado en la acusación escrita–, tiene límites, pues si tal planteamiento no ha sido formulado en las fases previas del juicio oral, es obvio que no puede, sorpresivamente, plantearse en sede de alegatos –fase final del juicio oral–. En estas condiciones, la posibilidad de la Fiscalía de modificar la acusación escrita precluyó irremediablemente.

OCTAVO. Que, siendo así, la condena por el tipo base de tráfico ilícito de drogas, con las omisiones resaltadas en el fundamento jurídico anterior, afectó la garantía de defensa procesal y, concurrentemente, la tutela jurisdiccional pues una decisión, con tal infracción, no puede estimarse fundada en derecho –la legalidad es aparente–. La nulidad es insubsanable y, de oficio, así debe declararse.

NOVENO. Que, en lo atinente al delito de lavado de activos, la acusación ampliatoria de fojas dos mil quinientos cincuenta y cinco, de veintiocho de abril de dos mil quince, describe, desde la perspectiva del Ministerio Público, la actividad delictiva precedente –el conjunto de ella–, identifica los bienes adquiridos, acota que éstos son productos del tráfico ilícito de drogas y describe, en cierto sentido, el *modus operandi* –proceso ejecutivo del delito– del imputado. Además, existen pericias contables financieras que detallan una falta de justificación de los ingresos del imputado, pues la documentación no revela su vinculación legal con los bienes cuestionados.

La motivación de la sentencia es aparente, por lo que no es posible un examen recursal de mérito. El Tribunal Superior se inclinó en sostener que no se expresó un detalle causal suficiente entre el hecho precedente y las conductas de lavado, cuando verdad tal descripción es suficiente (distinto es el caso, desde luego, si en orden a la prueba actuada merece una absolución o una condena).

De otro lado, es sabido que el informe pericial –que solo es una parte de la prueba pericial– no es objeto de tacha, sino en todo caso, de observación en la parte procesal afectada, cuya dilucidación corresponde al Tribunal dentro de un criterio racional; solo se tacha a la persona del perito, por ausencia de imparcialidad o por su falta de conocimientos en la materia peritada.

El punto, en orden al lavado de activos, debe ser objeto de un nuevo análisis bajo las premisas expuestas en este fundamento jurídico.

DÉCIMO. Que, finalmente, no es exacto que se vulneró la regla de interdicción de persecución múltiple, pues el delito de tráfico ilícito de drogas,



materia de esta causa, es distinto del que fue juzgado y condenado con anterioridad. Basta solo constatar la sentencia de fojas dos mil novecientos veintisiete, de veintinueve de enero de dos mil quince y la Ejecutoria Suprema recaída en ella (recurso de nulidad número mil ciento setenta y cuatro guion dos mil quince oblicua Junín, de tres de noviembre de dos mil quince). Son hechos disímiles. Esta última decisión corresponde a una intervención ocurrida el veintinueve de marzo de dos mil trece en el caserío San Cristóbal Cuarta Etapa de Constitución, Oxapampa – Pasco, mientras que la que es materia del presente proceso, comprende otras coordenadas, y se realizó el día veinte de julio de dos mil doce, con anterioridad.

DÉCIMO PRIMERO. Que, estando al tiempo transcurrido correspondería su inmediata libertad del encausado Curo Briceño, sin embargo al encontrarse cumpliendo una condena a pena privativa de libertad por otro delito, no podrá ser excarcelado.

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **NULA** la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos sesenta y cinc, de veintiocho de enero de dos mil dieciséis, que (i) condenó a PASTOR CURO BRICEÑO como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa y cinco años de inhabilitación, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil, y (ii) lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de lavado de activos en agravio del Estado; con lo demás que contiene. **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Tribunal, teniendo en cuenta lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes y el artículo 298, párrafo final, del Código Penal. **MANDARON** se remita la causa a otro Colegiado para los fines de ley. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/abp