validez desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTI
Vocal Supremo SEQUEIR
ALBERTO /Servicio Digita
Fecha: 09/11/2020 15:12
JUDICIAL D.Judicial: COR
LIMA,FIRMA DIGITAL

validez desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Supremo:SAN MARTIN
STRO CESAR EUGENIO
rvicio Digital - Poder Judicial del
ha: 9/11/2020 18:03:58,Razón:
SOLUCION
DICIAL D.Judicial: CORTE
PREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

validez desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Supremo:FIGUEROA
VARRO ALDO MARTIN
rvicio Digital - Poder Judicial del
ha: 9/11/2020 22:17:45,Razón:
SOLUCION
DICIAL D.Judicial: CORTE
PREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

validez desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Supremo:CASTAÑEDA
PINOZA JORGE CARLOS
rvicio Digital - Poder Judicial del
ha: 10/11/2020 12:21:47,Razón:
SOLUCION
DICIAL D.Judicial: CORTE
PREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

validez desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Supremo:COAGUILA
AVEZ ERAZMO ARMANDO
rvicio Digital - Poder Judicial del
ha: 9/11/2020 18:48:48,Razón:
SOLUCION
DICIAL D.Judicial: CORTE
PREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

validez desconocida
DE PALACIO DE JUSTICIA
Secretario De Sala
SALAS CAMPOS PILAR
Servicio Digital - Poder
Judicial del Peru
ha: 11/11/2020 19:24:56,Razón:
SOLUCION
DICIAL D.Judicial: CORTE
PREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

Desvinculación procesal

La recalificación de la imputación jurídica al emitir sentencia no implica una vulneración del procedimiento de desvinculación siempre que: **i)** se garantice el derecho de defensa del encausado y **ii)** su aplicación sea de puro derecho con base en el principio de inmutabilidad de hechos. Diferir de los fundamentos que llevaron al Tribunal a recalificar la conducta no implica el quebrantamiento de la forma procesal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de octubre de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública –mediante el aplicativo Google Meet–, el recurso de casación por inobservancia de norma procesal e indebida aplicación de precepto penal material formulado por el representante del **Ministerio Público (Fiscalía Superior Mixta Transitoria del VRAEM-Pichari)** contra la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Mixta Descentralizada del VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que: **i)** declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el fiscal provincial penal y **ii)** confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a Miguel Ángel Acosta Loayza y Segundo Flores Calderón como autores de la comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas en su forma básica (segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal) a ocho años de pena privativa de libertad, les impuso ciento cuarenta días multa y fijó en S/ 16 500 (dieciséis mil quinientos soles) el monto de pago solidario por concepto de reparación civil a favor del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

El auto de calificación expedido el siete de febrero de dos mil veinte[1] declaró bien concedida la casación ordinaria para evaluar los siguientes motivos casacionales:

[1] Obrante en los folios 62-71 del cuaderno de casación.

Lpderecho.pe

1.1. Casación procesal por quebrantamiento de forma procesal: artículo 429.3 del Nuevo Código Procesal Penal –en lo sucesivo, NCPP–

Denuncia que el Juzgado de Primera Instancia incumplió el procedimiento para desvincularse de la acusación, que se halla previsto en el artículo 374 de la norma procesal, específicamente, el referido al momento procesal para efectuar la advertencia de recalificación. Además, sostiene que no se concedió tiempo a la representación fiscal para contradecir el juicio de tipicidad del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal.

1.2. Casación penal material –artículo 429.3 del NCPP–

Afirma que los hechos que son objeto del proceso constituyen un supuesto de tráfico ilícito de drogas agravado, que se subsume en el primer párrafo del artículo 296 y el numeral 7 del artículo 297 del Código Penal; asimismo, que el Juzgado Penal aplicó indebidamente la norma penal y no consideró las particulares circunstancias que dieron cuenta de que el total de la droga hallada tenía como fin su comercialización.

Segundo. Hechos atribuidos

Miguel Ángel Acosta Loayza y Segundo Flores Calderón, al promediar las 7:30 horas del dieciséis de julio de dos mil diecisiete, fueron intervenidos por personal policial en el centro poblado de Machente (Ayna San Francisco, La Mar, Ayacucho) cuando transportaban 12.36 kg (doce kilos con treinta y seis gramos) de clorhidrato de cocaína contenidos en doce paquetes en forma rectangular tipo ladrillo, que se hallaban acondicionados en compartimientos posfabricados (caletas) de los vértices posteriores derecho e izquierdo del habitáculo (cabina) del vehículo de placa de rodaje C2P-710 (camioneta Toyota Hilux), que era conducido por Flores Calderón y en el que iba como copiloto Acosta Loayza.

Tercero. Itinerario del procedimiento

3.1. El ocho de junio de dos mil dieciocho el representante de la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas-Sede Kimbiri formuló acusación penal contra Segundo Flores Calderón y Miguel Ángel Acosta Loayza por la presunta comisión del delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas en su forma agravada y, en consecuencia, solicitó que se les imponga la pena de quince años de privación de libertad, así como el pago de ciento ochenta días multa, inhabilitación de conformidad con el numeral 2 del artículo 36 del Código Penal y que se fije la reparación civil en S/ 18 000 (dieciocho mil soles) –folios 1-19–.

3.2. Superada la etapa intermedia y luego de llevarse a cabo el juicio de primera instancia, los magistrados del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Ayacucho-Sede Kimbiri-VRAEM expidieron el catorce de noviembre de dos mil dieciocho la sentencia en la que consideraron que el hecho constituyó uno de peligro abstracto y, por ello, se debía sancionar la mera posesión (prevista en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal). Además, expresaron sus cuestionamientos a la cantidad de droga y con ello desestimaron la

concurrencia de la agravante inicialmente imputada, referida a la cantidad de droga hallada –folios 446-487–.

3.3. Inconforme con el proceder y la decisión emitida, el representante del Ministerio Público formuló recurso de apelación, que en esencia argumentó que, al momento de emitir la sentencia de primera instancia, no se podía modificar la calificación jurídica del hecho, toda vez que no se hizo antes de culminar con la actividad probatoria y por ello se trató de un fallo sorpresivo, con lo cual se incumplieron los términos del Acuerdo Plenario número 04-2017/CJ-116. Asimismo, cuestionó la exclusión de la agravante, con razones fundadas actuadas en juicio expresó la concurrencia de los 12.36 kg (doce kilos con treinta y seis gramos) de clorhidrato de cocaína en posesión de los dos encausados y que la propiedad de estos no fue objeto de prueba en el juicio –folios 490-514–.

3.4. La apelación fue de conocimiento de los jueces de la Sala Mixta Descentralizada del VRAEM, que pronunciaron su sentencia el treinta de enero de dos mil diecinueve, en la que confirmaron el fallo de primera instancia –folios 453-763–. Persistiendo en su sentido interpretativo, el Ministerio Público formuló recurso de casación, el cual fue concedido. Durante el trámite, el representante de la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas expresó sus alegatos –folios 51-58 del cuaderno de casación–.

3.5. Luego de las diligencias previas, se fijó como fecha para la audiencia de casación el miércoles catorce de octubre del año en curso, en la que intervino la señora fiscal Gianina Rosa Tapia Vivas, quien ratificó la posición institucional de su representación; así como el letrado Marco Antonio Contreras Vera, quien expresó su conformidad con el proceder del Juzgado de Primera Instancia. Culminada esta, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada –en la que se debatieron el contenido del expediente y las alegaciones oralizadas en la vista–, en virtud de la cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Desvinculación procesal

La desvinculación procesal es una facultad prevista en el numeral 1 del artículo 374 de NCPP[2]. Sus alcances han sido desarrollados en múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema, entre ellos, el Acuerdo Plenario número 4-2007/CJ-116 y las Sentencias de Casación número 659-2014/Puno y número 173-2018/Puno. Se efectúa sobre la base de inmutabilidad de los hechos y su ejercicio no debe generar perjuicio a ninguna de las partes procesales.

[2] "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 considerado 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 [...]".

En el caso juzgado se denuncia la desvinculación de la imputación originaria en el siguiente escenario:

	Tipo base[3]	Agravado	Pena
Acusación	296. Primer párrafo. La pena privativa de libertad es no menor de ocho ni mayor de quince años.	Numeral 7 del artículo 297 del Código Penal. El clorhidrato de cocaína excede los diez kilogramos.	Quince años
Sentencia	296. Segundo párrafo. La pena es no menor de seis ni mayor de doce años.	No aplica.	Ocho años

Como se aprecia, se produjo una recalificación dentro de un mismo tipo. Se modificó la modalidad de imputación del primer al segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal. Nótese que al final la pena impuesta fue de ocho años, que en comparación sería la misma en caso de que se hubiese fijado el primer párrafo de la forma agravada[4].

El proceder del Juzgado de Primera Instancia no generó un perjuicio sustancial al encausado. Cumplió con la condición de inalterabilidad de los hechos. El juicio de tipicidad se mantuvo en el mismo delito y se cauteló igual bien jurídico. No fue sorpresivo, dado que el defensor de los implicados, desde un inicio, postuló este planteamiento.

Descritas las condiciones de normalidad, corresponde verificar las razones por las que se efectuó la modificación de la calificación jurídica. Así, el Juzgado de Primera Instancia –fundamentos 14.6 y siguientes, obrantes en los folios 479 y 483– se basa en que el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal es una hipótesis de peligro concreto, y el segundo párrafo es de peligro abstracto; asimismo, que la conducta atribuida a los encausados se subsume en el segundo párrafo porque no se advirtió que la droga estuviera destinada a su comercialización, sino que únicamente fue hallada en posesión de Acosta Loayza y Flores Calderón.

El cuestionamiento de fondo queda reservado para líneas posteriores; sin embargo, su contenido empleado como base para dictar la sentencia de primera instancia no implica el quiebre de la forma procesal que amerite la fundabilidad del motivo propuesto.

En estricto, se trata de una recalificación interna. El Tribunal aceptó la imputación del Ministerio Público de que los implicados eran autores del delito de tráfico ilícito de drogas. La modificación de la modalidad delictiva se produjo luego de llevado a cabo el juicio probatorio y se fundó en una presunta carencia de la imputación fiscal referida a la

[3] Norma vigente al tiempo de la presunta comisión delictiva.
[4] Conforme al fundamento de determinación judicial de la pena, se estimó que a los procesados les correspondería la pena en su extremo mínimo.

acreditación del fin que tenía la droga hallada –extremo con el que tampoco expresamos conformidad–, y a efectos de evitar la absolución por el primer párrafo los encausaron en el segundo. No se recalifica por un tipo penal con nuevos elementos normativos o descriptivos del tipo penal, sino por uno con menor exigencia.

Por ello, el procedimiento de desvinculación es válido. Lo que no se justifica son las razones de desvinculación y, por lo tanto, la alegación sobre el quiebre de la forma procesal queda desestimado.

Asimismo, en cuanto a la agravante prevista en el numeral 7 del artículo 297 del Código Penal, no se trata propiamente de una desvinculación procesal, sino de la desestimación de la modalidad agravada. Las razones fueron estrictamente probatorias, referidas a la cadena de custodia y el pesaje de la droga hallada, cuyos alcances no ingresan a evaluación en este ítem, y con ello también se desestima la afirmación de desvinculación.

Segundo. Especialidad entre el primer y segundo párrafo del artículo 296 de Código Penal

Las normas que fueron materia de análisis en primera instancia son:

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

En los antecedentes jurisprudenciales obra la ejecutoria suprema expedida en el Recurso de Nulidad número 1165-2015/Lima, que en su fundamento decimotercero estableció que:

- El primer párrafo del artículo 296 del Código Penal queda consumado cuando se llevan a cabo comportamientos como el de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sean estos mediante actos de fabricación o tráfico, en que 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 el objeto de la realización típica. Se diría entonces que la mera tenencia resultaría siendo penalizada, pero si la posesión toma lugar con fines de tráfico.

- El segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, para su consumación, requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión esté orientada a un acto posterior de tráfico ilegal, y se constate que la droga va a ser objeto de circulación, comercialización, venta, etcétera, es decir, que ya cuenta con un destino predeterminado.

A partir de lo descrito, la aplicación de la ley penal en primera instancia –véase el fundamento de hecho 3.2. de la presente decisión– resulta errónea, dado que el comportamiento que exigiría la acreditación del fin posterior de la droga hallada se encuentra en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Pena al mencionar la fórmula *posesión de drogas para su tráfico ilícito*, y que la mera posesión del clorhidrato de cocaína –como en efecto se postula en la acusación– se halla prevista en el primer párrafo. Este defecto constituye una indebida aplicación de la ley penal y así se declara.

La configuración del motivo estipulado en el numeral 3 del artículo 429 del NCPP implica, además de la anulación de la sentencia de vista, la revocación del fallo de primera instancia, a efectos de que se realice un nuevo juzgamiento bajo los alcances antes descritos y por la integridad de términos que contiene la acusación, esto es, por las formas básicas y agravadas de tráfico ilícito de drogas.

DECISIÓN

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

I. **DECLARARON INFUNDADA la casación propuesta por el representante del Ministerio Público** contra la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Mixta Descentralizada del VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho –folios 753-763–, por el motivo previsto en el numeral 2 del artículo 429 del NCPP.

II. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación por indebida aplicación de la ley penal propuesto por el representante del Ministerio Público y, en consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Mixta Descentralizada del VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho de treinta de enero de dos mil diecinueve –folios 753-763–. **DECLARARON NULA** la sentencia de primera instancia impartida el catorce de noviembre de dos mil dieciocho –folios 446-487– y, consecuentemente, **ORDENARON** la realización de un nuevo juicio oral de primera instancia contra Miguel Ángel Acosta Loayza y Segundo Flores Calderón por los delitos que fueron

materia de acusación a cargo de un nuevo órgano jurisdiccional y Sala Superior, de mediar recurso de apelación.

III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

IASV/WHCh

Lpderecho.pe