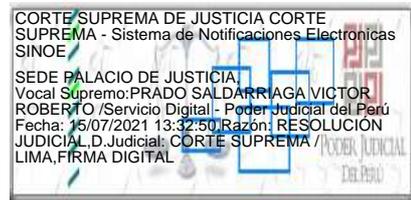




202103336820170006650012170000001



CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA

CAS N° 00004-2017

TACNA

Lima, doce de julio de dos mil veinte y uno.-

Dado cuenta, con la razón de relatoría que antecede, mediante el cual se informa que el 01 de junio de 2021 el juez supremo **Iván Salomón Guerrero** emitió su voto dirimente **adhiriéndose al voto de los magistrados Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado y Pacheco Huancas**, en la presente causa seguida en contra de José Lastaunau Santa Cruz y otro, por el delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado; por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 141 del Texto Único Ordenado, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la causa ha logrado los cuatro votos necesarios en dicho extremo y **se ha generado resolución**, con la siguiente decisión: *“I.FUNDADO en parte el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público. II. CASARON la sentencia de vista del 05 de octubre de 2016 (fojas 171), que confirmó la sentencia del 13 de junio 2016, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis del código penal), en perjuicio del Estado, a 7 años, 8 meses y 18 días de pena privativa de libertad. III. ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA, y sin reenvío, REFORMARON la citada sentencia de vista, CONDENANDO a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes (previsto en el primer párrafo, del artículo 296, en concordancia con el inciso 6, del artículo 297, del código penal), en perjuicio del Estado, y como tal les impusieron 12 años, 10 meses y 9 días de pena privativa de libertad. Con lo demás que contiene”.* **Notifíquese y devuélvase.**

S. S.

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

PRESIDENTE

SALA PENAL TRANSITORIA



CONCLUSION ANTICIPADA: SITUACIONES EN LAS QUE SE APLICA.

La conclusión anticipada es una institución procesal que pertenece al sistema del congreso, ya que tiene como propósito la celeridad y simplificación del proceso penal, mediante un acto bilateral del procesado y su defensa de renunciar al derecho a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria, cuando se presente cualquiera de estos dos tipos de aceptación: a) de los cargos imputados, responsabilidad penal, la pena y reparación civil (conformidad absoluta); y b) solo de los cargos imputados y responsabilidad penal, cuestionando la pena y/o reparación civil (conformidad relativa).

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de casación interpuesto por EL REPRESENTANTE DEL **MINISTERIO PÚBLICO** (FOLIO 196), contra la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folio 171), que confirmó la sentencia del trece de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad.

Intervino como ponente el juez supremo **QUINTANILLA CHACÓN.**

CONSIDERANDO

I. IMPUTACIÓN FÁCTICA

1. El ocho de julio del dos mil catorce, a las dieciocho horas con treinta minutos, los procesados Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Clavo Pacaya, José Lostaunau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya, fueron intervenidos en flagrancia delictiva por personal policial antidrogas de la Comisaria Especial PNP “La Concordia”, cuando pretendían salir del país (hacia Chile) con drogas¹ líquida acondicionada en sus organismos bajo la modalidad de correos de droga o burriers a bordo del vehículo de la empresa “Chasquitur”, que cubre la ruta Tacna-Arica-Tacna. En la Comisaria se procedió al registro personal en donde Juana Taricuarima Yahuarcani, expulsó vía anal cuarenta y dos envoltorios (con un peso bruto de 972 gramos), además, llevaba adherida a su cuerpo veinte envoltorios más (con un peso de 304 gramos); Yuri Clavo Pacaya y José Lostaunau Santa Cruz expulsaron cada uno, vía anal, cincuenta y dos envoltorios (con un peso bruto de 1.559 kilogramos); mientras que Geysi Magaly Murayari Pacaya tenía acondicionada en su cuerpo (brassier y pantalón) cuarenta y dos envoltorios de preservativos conteniendo droga (con un peso bruto de 1.558 kilogramos).
2. Se logró determinar que los acusados provenían de la ciudad de Ilo, lugar donde acondicionaron la droga, específicamente en la casa de la acusada Yuri Calvo Pacaya; siendo la proveedora de esas sustancias la persona de nombre “Clarita Ortega”. Asimismo, se demostró que los procesados José Lastaunau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya eran convivientes, mientras que Yuri Clavo Pacaya, es cuñada del

¹ Conforme a los dictámenes Periciales de Química de Droga N.º 8416-2014, N.º 8415-2014, N.º 8720-2014, N.º 8425-2014 y N.º 8426-2014, Juana Taricuarima Yahuarcani expulsó vía anal 32 envoltorios con un peso bruto de 0.972 gramos, además, dicha acusada llevaba adherido a su cuerpo 20 envoltorios de droga con un peso de 304 gramos, siendo un total de 1.558 kilogramos; Yuri Calvo Pacaya expulsó vía anal 52 envoltorios con un peso bruto de 1.573 kilogramos; el acusado José Lostaunau Santa Cruz expulsó vía anal 1.559 kilogramos; mientras que Geysi Magaly Murayari Pacaya tenía acondicionada a su cuerpo (brassier y pantalón) 42 envoltorios de preservativos con drogas con un peso bruto de 1.558 kilogramos.

referido procesado, y fue ésta quien le indicó para realizar esta actividad ilícita.

II. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

3. EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, al fundamentar el recurso de casación (folio 196), invocó el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; alegó que:

3.1. Se inobservaron normas legales de carácter procesal, como es la prohibición de modificar la calificación jurídica del hecho objetivo de la acusación, prevista en el inciso dos, del artículo trescientos noventa y siete, del Código Procesal Penal; además, la aplicación indebida de la conclusión anticipada parcial, regulada en el inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del mismo cuerpo legal.

3.2. Sin observación del procedimiento previsto en el inciso uno, del artículo trescientos setenta y cuatro, del Código Procesal Penal, se procedió, de oficio, a modificar la calificación jurídica de los hechos objeto de la acusación fiscal (tráfico ilícito de drogas con la agravante de pluralidad de agentes), condenado a los procesados por el tipo base, previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal.

3.3. La facultad del juzgador de modificar de oficio de tipo penal, es de carácter excepcional, pues está condicionada a la postulación de la etapa probatoria y se le debe advertir a las partes procesales dicha posibilidad; sin embargo, en autos no se observó el cumplimiento de este procedimiento.

3.4. La conclusión anticipada parcial se da solo por un cuestionamiento de la pena y/o reparación civil. Sin embargo, la judicatura aceptó la conformidad a pesar de que los acusados admitieron solo los hechos más no la calificación jurídica.

3.5. El acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116 no sienta los principios para autorizar la desvinculación de la calificación jurídica de la acusación, sino que se establece como doctrina jurisprudencial la

inaplicación del correo de drogas –circunstancia prevista en el artículo doscientos noventa y siete, numeral seis, del Código Penal-, salvo si el autor está involucrado o ha participado en otras fases del actor singular de transporte, por lo que resulta viable la calificación jurídica postulada por el Ministerio Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

III. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

4. Mediante Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete (folio 41 del cuadernillo formado en esta Corte Suprema), se declaró bien concedido la presente casación ordinaria, por la causal prevista en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; a efectos de pronunciarnos en dos aspectos:

4.1. Falta de aplicación del inciso dos, del artículo trescientos noventa y siete, del Código Procesal Penal, referido a la prohibición de modificar la calificación jurídica del hecho objeto de acusación; al no haberse cumplido con el procedimiento excepcional previsto en el inciso uno, del artículo trescientos setenta y cuatro, del código adjetivo, que regula la modificación de oficio del tipo penal.

4.2. Aplicación indebida del inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del Código Procesal Penal, referido a la conclusión anticipada parcial.

5. Para ello, mediante decreto del ocho de mayo de dos mil diecinueve (folio 52 del cuadernillo formado en esta Corte Suprema), se citó a audiencia de casación, en donde el recurrente efectuó su informe oral; con lo que la causa quedó expedita para resolver su pretensión.

IV. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA

6. El principio de congruencia constituye una garantía para los justiciables y limita la potestad de resolver, puesto que exige la unidad del objeto del proceso (hecho y calificación jurídica) entre la acusación y sentencia, es decir, que el juez no puede ir más allá del petitorio del

Ministerio Público. La importancia y gravedad del principio de congruencia se refleja cuando se sanciona la vulneración del “objeto del proceso” con la nulidad insubsanable del fallo.²

7. Debemos sostener que los hechos (imputación fáctica y calificación jurídica), en virtud a este principio y como regla general, no pueden ser objeto de modificación en la sentencia, pues en base a la pretensión que se le informó al acusado, su defensa efectuó una estrategia legal, por lo que, una modificación sorpresiva por parte del tribunal afectaría el principio de congruencia; lo cual también afectaría gravemente el derecho de defensa y principio de contradicción.
8. Entonces, la calificación jurídica, fijada en la acusación, solo puede ser variada si se sujeta al procedimiento previsto en el artículo 374, numerales uno y dos, del Código Procesal Penal, en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, que sería a tesis de desvinculación postulada por el tribunal cuando concurre tanto una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no apreciada en la acusación (siempre y cuando esta circunstancia permita el incremento de la punibilidad o justifique la imposición de una medida de seguridad) o la posible modificación de la tipificación del hecho objeto de acusación.
9. Para LEONE, esta institución procesal es “un instrumento en manos del Órgano Jurisdiccional que permite, sin modificar los hechos expuestos en la acusación fiscal y que fue objeto del debate judicial, dar al mismo una calificación o definición jurídica diferente”.³
10. Por su parte, las Salas Penales de esta Corte Suprema efectuaron una interpretación dogmática sobre la figura procesal de la desvinculación, cuyos fundamentos fueron desarrollados en el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116, establecimiento en qué casos se puede plantear esa tesis

² En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: el principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, (...) es el límite a la potestad de resolver el órgano jurisdiccional, e impone como sanción la invalidación del acto procesal, de lo cual se infiere no solo la existencia de la institución, sino también su importancia. Ven en: Expediente N.º 00402-2006-HC/TC, Caso Luis Enrique Rojas Álvarez, fundamento 10.

³ LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II, Ed. EJE, Buenos Aires, 1963. P. 400.

y cuándo no es necesario invocarla; para ello estableció la siguiente doctrina legal:

El Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Esta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa

11. En puridad, son dos los supuestos en que se puede plantear la tesis de desvinculación:

11.1. Nueva subsunción típica del hecho objeto de acusación, significa que cuando el juzgador advierte que los hechos pueden ser tipificados en otro tipo penal que proteja un bien jurídico homogéneo al que se protegía en el que es objeto de acusación. Esto no está referido a cuando el tribunal, después de realizar un juicio de tipicidad como parte del control de legalidad, pretende desestimar una circunstancia agravante específica del tipo penal. es decir, no es necesario postular la tesis de desvinculación cuando el juzgador estima que el referido elemento accidental del delito no se configura, quedando como calificación jurídica el tipo base del ilícito; ello tampoco implica una vulneración al principio de congruencia.

11.2. Incorporar algún elemento accidental del delito de carácter no esencial⁴, que constituya circunstancia modificativa de

⁴ En palabras de POLAINO NAVARRETE, estos tipos de elementos no constituyen el concepto jurídico de delito, pero sí afectan a alguno de sus elementos esenciales que son susceptibles de graduación: bien sea la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad. Y lo hacen incrementando o disminuyendo la significación

responsabilidad penal, a efectos de incrementar la pena o justificar la imposición de una medida de seguridad. Este tipo de circunstancias constituyen un plus al desvalor del comportamiento delictivo del agente, por ello, es razonable que el tribunal postule la tesis de desvinculación si quiere incorporar aquello al tipo penal.

- 12.** Asimismo, debemos precisar que la desvinculación es de aplicación restrictiva por el órgano jurisdiccional⁵. Pues, se aplicara siempre y cuando se respete la imputación fáctica, el nuevo tipo penal debe ser de la misma naturaleza del que fue objeto de acusación y su planteamiento debió ser antes de que culmine la actividad probatoria dándole la oportunidad a la partes procesales para que se pronuncien al respecto y ofrezcan nuevas pruebas para debatir lo postulado (nueva tipificación o incorporación de circunstancia modificativa de responsabilidad). Esta premisa permite que se concrete el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

V. LA CONCLUSION ANTICIPADA

- 13.** La conclusión anticipada es una institución procesal que se sustenta en el principio de adhesión. Su finalidad es la simplificación del proceso penal, mediante un acto unilateral del procesado y su defensa de reconocer su autoría o participación en el delito objeto de acusación y aceptar las consecuencias jurídicas; renunciando así a su derecho a un juicio público, contradictorio y a la actividad probatoria dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.
- 14.** Una de las características relevantes de esta institución procesal es su formalidad, la cual implica que debes cumplir con las formalidades requeridas por la ley. Tiene como soporte legal la Ley N.º 28122 y el artículo trescientos setenta y dos del Código Procesal Penal, y fue objeto de desarrollo jurisprudencial por esta Suprema Corte en el

de los mismos, lo cual se traduce en una agravación o en una reducción de la pena. Ver en: Derecho Penal, parte general, Lima: ARA EDITORES, 2015,p,54

⁵ Cfr. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima: Grijley, 2012, p, 614.

Acuerdo Plenario N.º 5-208/CJ-116. De acuerdo a esto, no solo se reguló el procedimiento de aplicación de la conclusión anticipada (al inicio del juicio oral y después de que el titular de la acción penal exponga sucintamente su acusación, se le pregunta al procesado si se declara responsable de los cargos imputados y acepta las consecuencias jurídicas, informándose de los alcances de la conclusión anticipada; ante ello, el proceso, previo coordinación con su defensa, emitirá una respuesta⁶), sino también los supuestos en que cabría aplicarla, las cuales son:

- 14.1.** Cuando el acusado admite la responsabilidad de los cargos imputados y consecuencias jurídicas de carácter penal y civil.
- 14.2.** Cuando el acusado admite la responsabilidad de los cargos imputados, pero cuestiona la pena y/o reparación civil.
- 15.** El referido acuerdo plenario estableció que el primer supuesto se le denomina conformidad absoluta, y el segundo, conformidad relativa o limitada. Cuando concurre la conformidad absoluta, el juzgador, si es que el acusado no solicita conferenciar con el fiscal para acordar la pena, da por concluido el juicio y emitirá sentencia conformada en esa misma sesión de audiencia o en la siguiente, la cual no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas. Sin embargo, ante una conformidad relativa, el juzgador previo traslado a las partes, siempre que en ese ámbito subsiste la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba a actuarse para ese extremo.
- 16.** Debemos precisar que ante una conformidad (absoluta o relativa), el Tribunal de mérito, en virtud a los principios de legalidad y culpabilidad⁷, tiene el deber de realizar un control de tipicidad de los hechos, para

⁶ Si la respuesta es negativa, y no concurrió vicios procedimentales o en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o defensa, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al periodo probatorio (límite necesario de la aplicación de la conclusión anticipada), puesto que con la conformidad procesal se persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa.

⁷ El principio de culpabilidad implica que, para poder afirmar la responsabilidad penal de una

verificar la mínima corroboración de que el encausado incurrió en el delito imputado y aceptado, pudiendo advertir que el hecho imputado resulta atípico o resulta manifiesta la concurrencia de alguna circunstancia determinante de la excepción de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación⁸; también puede realizar un control de legalidad del título de imputación y de la pena solicitada y aceptada.

- 17.** Esta facultad del juzgador tiene como límite la imposibilidad de una valoración de los medios probatorios y la inmodificabilidad del hecho imputado (el hecho viene definido por la acusación con la plena aceptación del imputado y defensa de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal). Asimismo, en observancia de los principios acusatorios y de contradicción, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales, debiendo promoverse en la misma audiencia un debate sobre esos ámbitos (control de tipicidad de los hechos, del título de imputación o de la pena solicitada y aceptada).

VI. ANALISIS DEL PRESENTE CASO

- 18.** La presente casación fue admitida por la falta e indebida aplicación de normas adjetivas; causal prevista en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.
- 19.** Como primer aspecto de pronunciamiento, el casacionista alegó que se vulneró el principio de congruencia entre la acusación y sentencia, previsto en el inciso dos, del artículo trescientos noventa y siete, del Código Procesal Penal, por haberse modificado la calificación jurídica de los hechos objeto de acusación, sin cumplirse el procedimiento excepcional de la desvinculación, prevista en el inciso uno, del artículo trescientos setenta y cuatro, del Código Procesal Penal. Ante este agravio, debemos señalar lo siguiente:

⁸ Si por el contrario el tribunal advierte errores como la omisión de considerar –a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante específica o la posibilidad de un tipo penal distinto y más grave, que requiere actuaciones probatorias y un debate por todas las partes –control in malam parte-, corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral. Ver en: Acuerdo Plenario N.º 5-208-CJ-166, fundamento N.º 16.

- 19.1.** Se acusó a los procesados por el tipo penal de tráfico ilícito de drogas, con circunstancia agravante específica de "pluralidad de agentes", previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis, en concordancia con el inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal.
- 19.2.** Sin embargo, el Colegiado luego de haber desarrollado el debate oral en el extremo de la calificación jurídica, sobre la base de que los encausados habían admitido parte del hecho imputado, realizó un juicio agravante, subsumiendo las conductas de los sentenciados solo en el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, y así se emitió la sentencia condenatoria.
- 19.3.** Es así que, en este caso no se apeló a las tesis de desvinculación, pues considerar que en el hecho imputado no se configuraba la agravante específica, sino solo el tipo base del delito imputado (tráfico ilícito de drogas), no significa que han operado los supuestos de desvinculación establecidos en el considerando once de la presente ejecutoria, en concordancia con el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116; es decir, no se estaba ante una nueva tipificación de los hechos en otro tipo penal, ni incorporación de circunstancia modificativa de responsabilidad; por el contrario, se mantuvo la calificación jurídica de los hechos en su tipo base, lo que también fue objeto de acusación.
- 19.4.** Entonces, no se vulneró el principio de congruencia, pues no cabía plantear la tesis de desvinculación en ese contexto; además, el tribunal estaba facultado para desestimar una agravante específica del tipo penal, si los elementos probatorios en el caso concreto así lo justificaban. En consecuencia, el agravio en este extremo no se ampara.
- 19.5.** Por otro lado, debemos precisar que una cosa es sostener que esa decisión del juzgador no transgredió el referido principio, y otra cosa es compartir esa decisión en el extremo de si fue racional o no el

juicio de tipicidad que realizó el Juzgado Penal Colegiado (incluyendo a la Sala de Apelaciones, al confirmar la sentencia). Por ello, más adelante analizaremos si el hecho imputado se subsume solo al tipo base o también alcanza a la agravante específica de “pluralidad de agentes”.

20. Ahora, respecto al motivo 3.4 de la presente ejecutoria, el representante del Ministerio Público también alegó que existió una aplicación indebida de la conclusión anticipada, debido a que los procesados solo habían admitido el hecho imputado, mas no el tipo penal, continuando el juicio oral para debatir la calificación jurídica (tráfico ilícito de drogas con la agravante de pluralidad de agentes). Sobre este agravio, estimamos lo siguiente:

20.1. Conforme al Acuerdo Plenario N.º 5-208/CJ-116, la conclusión anticipada se aplica en dos situaciones: **i)** admisión de la pretensión (hecho imputado, tipo penal y responsabilidad penal) y consecuencias jurídicas (pena y reparación civil), y, **ii)** admisión de la referida pretensión penal, pero conformidad absoluta y al segundo conformidad relativa. Esta última se encuentra regulada en el inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del Código Procesal Penal, el cual establece que, ante este tipo de conformidad por parte de los procesados, el juez previo traslado a las partes y siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate en el extremo de las consecuencias jurídicas de carácter penal y/o civil, y determinará los medios de prueba que deberían actuarse.

20.2. En el presente caso, no ha concurrido ninguno de estos dos tipos de conformidad (absoluta y/o relativa), pues los acusados, en la sesión de audiencia del diecinueve de abril de dos mil dieciséis (folio 50), al informarles sobre los alcances de la conclusión anticipada y preguntarle si admitían los cargos imputados, respondieron que admitían solo la imputación fáctica (hechos) pero discreparon de la pluralidad de agentes, lo que implica que no aceptaron la totalidad

de los hechos y calificación jurídica, y por tanto, no operó la conclusión anticipada.

20.3. Entonces, es claro que el Juzgador Colegiado no aceptó la conclusión anticipada, y concluyó que se había dado una convención probatoria del hecho, debiendo precisar que el cuadro fáctico estaba integrado por la pluralidad de agentes; siendo sometido al contradictorio la calificación jurídica, objeto de acusación, en función si se dio o no participación de pluralidad de sujetos, conforme a la figura agravada. En esa dirección, lo que reclama el casacionista de forma errónea. No tiene asidero legal.

20.4. Ahora, si bien en la sentencia de primera instancia se verifica que se disminuyó un séptimo de la pena concreta y se sostiene que dicha rebaja es en aplicación del beneficio de la conclusión anticipada, tal razonamiento es incorrecto conforme al artículo trescientos setenta y dos del Código Procesal Penal. A ello, se añade que conforme al acta de página cincuenta del cuaderno de debate, no se aceptó la conclusión anticipada, por lo que debe entenderse que el órgano jurisdiccional de primera instancia habría disminuido la pena como una recompensa por la aceptación de –parte de- los hechos por parte de los acusados, como lo sostiene.

21. Por otro lado, en relación al motivo 3.5, el representante del Ministerio Público también cuestionó la condena de los acusados por el tipo base del delito imputado, e invocó el Acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116. Conforme a este motivo, se actuará en sede de instancia, para realizar un control de la coherencia en el razonamiento probatorio que desarrollo el Juzgado Colegiado⁹, a fin de determinar si el juicio de

⁹ Sin que ello afecte el principio de inmediación, pues de conformidad con la Casación N.º 05-2007-HUAURA, del uno de agosto de dos mil siete, emitida por la Sala Penal Permanente, se estableció que “existen “zonas abiertas”, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgado de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos. En consecuencia, el relato factico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es incommovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo-; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c)

tipicidad de los hechos objeto de acusación, y que fueron reconocidos en parte por los sentenciados, se subsumen solo al tipo base o también alcanza a la circunstancia agravante específica de la pluralidad de agentes, prevista en el numeral 6, del artículo 297, del Código Penal.

- 21.1.** El fundamentos N.º 11 del Acuerdo plenario N.º 3-2008, establece que "si en un acto de transportes de droga (...) intervienen, mediando concierto, tres o más burriers, deberán ser castigados con arreglo al inciso 6), del artículo 297º, del código penal". Así, en la parte final del fundamento N.º 10, el referido Acuerdo Plenario, señala que el agente, ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas toxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, significan un nexo más intenso, aun cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte.
- 21.2.** El juzgado Penal Colegiado, en el fundamento 38 de la sentencia de primera instancia, del cotejo de lo declarado por los encausados, dejó sentado que el acusado José Lostanau se conoce con su cosentenciada Geysi Murayari quien es su conviviente, y estos con Yuri Calvo, que es medio hermana d Geysi; respecto de Juana Taricuarima, ésta solo conoce a la mencionada Yuri Calvo; para que este grado de acercamiento social se de –según la versión de los acusados- Juana Taricuarima, fue quien conocía a la persona de apelativo "Chata", que más adelante se identificó que respondía al nombre de Clara Castaña, persona que le pidió que buscara tres o cuatro personas para que llevaran mercadería a Tacna y de ahí a

ha podido ser desvirtuado por pruebas prácticas en segunda instancia". En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de Casación N.º 96-2014/Tacna, del veinte de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Permanente, en cuyo fundamento décimo tercero, señaló que "la falta de coherencia entre una declaración y otra debe ser analizada y valorada cuando estas versiones son apreciadas con manifiesto error o la apreciación infringe las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia, de otra forma se estaría revalorando la prueba y no aun control de la valoración".

Arica- Chile; Juana Taricuarima conocía a Yuri Calvo, a quien le pidió que buscara gente para un “trabajo”, lo que efectivamente hizo al contactar con su media hermana Geysi Murayari, y esta a su vez con José Lostanau Santa Cruz.

21.3. De estas declaraciones, se tiene que Juana Taricuarima Yahuarcani se encargó de contactar a Yuri Calvo Pacaya, quien a su vez se encargó de contactar a sus cosentenciados y familia, Geysi Magaly Murayari Pacaya y José Lostanau Santa Cruz. Todos ellos llegaron a reunirse en el domicilio de Yuri Calvo Pacaya, en donde de manera conjunta aceptaron primero ingerir y/o acondicionar en su cuerpo la droga líquida contenida en preservativos para transportarla hasta Arica, en Chile: así como el día en que tomarían el bus para dirigirse a Arica, lo que se demuestra con el acta de intervención de página veintiuno del expediente judicial, donde se detalla cómo es que fueron intervenidos todos juntos. Con lo expuesto, se aprecia que sí hubo concertación entre los procesados y conocían que los cuatro estaban cometiendo el delito de tráfico ilícito de drogas.

21.4. De otro lado, se cuestionó que no existió aquel “nexo intenso” entre los encausados, o como también lo denomina el citado acuerdo plenario, un rol que “no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte”. Sin embargo, ello sí se encuentra acreditado.

Tal es el caso de Yuri Calvo Pacaya, quien facilitó su vivienda (ubicada en Asociación de Viviendas, Mz. 161, lote 02, llo, en Moquegua) para que, junto a sus coprocesados, puedan ingerir y/o acondicionar las drogas en su cuerpo –conforme a la lectura de la declaración de José Lostanau Santa Cruz- ampliatoria de Juana Taricuarima Yahuarcani, ampliatoria de Geysi Magaly Murayari Pacaya, y la ampliatoria de la misma Yuri Calvo Pacaya, leía en juicio oral, sin oposición-. A ello, se añade que la misma defensa de los coprocesados, en sus alegatos finales, aceptó el hecho de que

todos estuvieron reunidos en dicho inmueble, donde acondicionaron la droga.

- 21.5.** Asimismo, la encausada Yuri Calvo Pacaya –conforme a la lectura de la declaración de José Lostanau Santa Cruz, y su ampliatoria en la que se ratifica del contenido de su anterior declaración, leída en juicio oral, son oposición- les indicó a su hermana Geysi Magaly Murayari Pacaya y conviviente José Lostanau Santa Cruz, que debían traer consigo a su menor hija, incidió en que, cuando se viaja en familia, en los controles, no se revisaban a las personas. Esto es coherente y se valida con el acta de intervención policial, de página cuarenta y uno del expediente judicial, donde se precisa que la sentenciada Geysi Magaly Murayari Pacaya viajaba acompañada de su menor hija María Fernanda Lostanau Murayari, de cinco años de edad. Este accionar por parte de los sentenciados Geysi Magaly Murayari Pacaya y José Lostanau Santa Cruz, de llevar consigo y exponer a su propia hija, menor de edad, con el fin de evadir los controles antidrogas que existen en la frontera, valida el nexo intenso entre los encausados con entidad suficiente para lograr la efectividad del transporte de drogas.
- 21.6.** En suma, en este proceso, actuaron cuatro burriers, quienes tenían pleno conocimiento de la sustancia prohibida que transportaban ya que un día antes estuvieron todos reunidos acordando el día y la hora del viaje hacia Arica, en Chile. Su actuar fue concertado, lo que se demuestra con las participaciones de los cuatro procesados –que superan un aporte meramente periférico o marginal-, acreditándose el nexo intenso entre los encausados, con las participaciones de Juana Taricuarima, que contactó con Yuri Calvo, y esta a su vez con los demás. Yuri Calvo Pacaya, quien no solo se encargó de contactar a Geysi Murayari Pacaya y José Lostanau Santa Cruz, sino que también proporcionó su vivienda para que ahí se realice la ingesta y el acondicionamiento de la droga; y finalmente, José Lostanau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya, quienes contribuyeron con llevar a su menor hija al viaje

para que sirva como sujeto (elemento) distractor ante las autoridades del control de drogas.

21.7. Por ello, los hechos se subsumen en la agravante de pluralidad de agentes, del delito de tráfico ilícito de drogas, y de acuerdo al fundamento N.º 11 del Acuerdo plenario N.º 3-2008, deberá determinarse la pena en función al marco penal que prevé esa norma.

22. Ahora bien, el inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, prevé una pena no menor de quince, ni mayor de veinticinco años de privación de la libertad. Para la determinación de la pena, se debe considerar lo siguiente: **i)** los encausados son agente primarios; **ii)** la sanción penal tiene un fin preventivo; **iii)** el representante del Ministerio Público, en sus alegatos de cierre en juicio oral, solicitó para Juana Taricuarima Yahuarcani y Yuri Calvo Pacaya, una pena privativa de libertad de trece años y ocho meses, mientras que para José Lostanau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya, doce años, con diez meses y nueve días de pena privativa de la libertad; **iv)** dada la participación de los encausados, en que todos coadyuvaron para la efectividad del transporte de la droga, no cabría hacer distingos en una mayor penalidad uno respecto de otro; **v)** no compartimos el parecer del Juzgado Penal Colegiado de disminuir un séptimo de la pena como recompensa por aceptar los hechos, pues en realidad no hubo una aceptación como tal, ya que el cuadro factico está integrado por la pluralidad de agentes –lo que no fue aceptado por los encausados-; sin embargo, la pena a imponer no puede sobrepasar la fijada por el representante del Ministerio Público en el juicio oral. Por lo tanto, la que se impuso en la sentencia debe ser aumentada en ese sentido.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

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

- II. **CASARON** la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folio 171), que confirmó la sentencia del trece de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad.
- III. **ACTUANDO EN SEDE INSTANCIA**, y sin reenvío, **REFORMARON** la citada sentencia de vista, **CONDENANDO** a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayaru Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas con agravante (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis, en concordancia con el inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal), en perjuicio del Estado, y como tal les impusieron doce años, diez meses y nueve días de pena privativa de la libertad.
- IV. **MANDARON** que se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial; se notifique la presente ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, devuélvanse los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S.S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PACHECO HUANCAS



CONCLUSIÓN ANTICIPADA: EN QUE SITUACIONES SE APLICA.

La conclusión anticipada es una institución procesal que pertenece al sistema del consenso, ya que tiene como destino la aceleración y simplificación del proceso penal mediante un acto unilateral del procesado y su defensa de renunciar al derecho a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria, cuando se presenta cualquiera de estos dos tipos de aceptación: **a)** De los cargos imputados, responsabilidad penal, la pena y reparación civil (conformidad absoluta), **b)** Solo de los cargos imputados y responsabilidad penal, cuestionando la pena y/o reparación civil (conformidad relativa).

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de casación interpuesto por EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO (folio 196), contra la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folio 171), que confirmó la sentencia del tres de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Greysi Magaly Muraya Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad.

Intervino como ponente el juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

CONSIDERANDO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

1.1. El ocho de julio del dos mil catorce, a las dieciocho horas con treinta minutos, los procesados Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya, José Lastaunau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya, fueron intervenidos en flagrancia delictiva por personal policial antidrogas de la Comisaría Especial PNP "La Concordia", cuando pretendían salir del país (hacia Chile) con droga líquida acondicionada en sus organismos bajo la modalidad de correos de droga o *burriers* a bordo del vehículo de la empresa "Chasquitur", que cubre la



ruta Tacna-Arica-Tacna. En la Comisaría se procedió al registro personal en donde Juana Taricuarima Yahuarcani, expulsó vía anal cuarenta y dos envoltorios (con un peso bruto de 972 gramos), además, llevaba adherida a su cuerpo veinte envoltorios más (con un peso de 304 gramos); Yuri Calvo Pacaya y José Lostanau Santa Cruz expulsaron cada uno, vía anal, cincuenta y dos envoltorios (con un peso bruto de 1.559 kilogramos); mientras que Geysi Magaly Murayari Pacaya tenía acondicionada en su cuerpo (brassier y pantalón) cuarenta y dos envoltorios de preservativos conteniendo droga (con un peso bruto de 1.558 kilogramos).

1.2. Se logró determinar que los acusados provenían de la ciudad de Ilo, lugar donde acondicionaron la droga, específicamente en la casa de la acusada Yuri Calvo Pacaya; siendo la proveedora de esas sustancias la persona de nombre "Clarita Ortega". Asimismo, se demostró que los procesados José Lastanau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya eran convivientes, mientras que Yuri Calvo Pacaya es cuñada del referido procesado, y fue ésta quién le indicó para realizar esta actividad ilícita.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, al fundamentar el recurso de casación (folio 196), invocó el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; alegó que:

2.1. Se inobservó normas legales de carácter procesal como es la prohibición de modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, prevista en el inciso dos, del artículo trescientos noventa y siete, del Código Procesal Penal; además, la aplicación indebida de la conclusión anticipada parcial, regulada en el inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del mismo cuerpo legal.

2.2. Sin observación del procedimiento previsto en el inciso uno, del artículo trescientos setenta y cuatro, del Código Procesal Penal, se procedido de oficio modificar la calificación jurídica de los hechos objeto de la acusación fiscal (tráfico ilícito de drogas con la agravante de pluralidad de agentes), condenando a los procesados por el tipo base, previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal.

2.3. La facultad del juzgador de modificar de oficio el tipo penal, es de carácter excepcional, pues está condicionada a la postulación de la tesis de desvinculación hasta antes de la culminación de la etapa probatoria y se le

advierte a las partes procesales dicha posibilidad; pero, en autos no se observó el cumplimiento de este procedimiento.

2.4. La conclusión anticipada parcial se da sólo por un cuestionamiento de la pena y/o reparación civil. Sin embargo, la judicatura aceptó la conformidad a pesar que los acusados admitieron solo los hechos fácticos más no la calificación jurídica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

3.1. Mediante Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete (folio 41 del cuadernillo), se declaró bien concedido la presente casación ordinaria, por la causal prevista en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; a efectos de pronunciarnos en dos aspectos:

a) Falta de aplicación del inciso dos, del artículo trescientos noventa y siete, del Código Procesal Penal, referido a la prohibición de modificar la calificación jurídica del hecho objeto de acusación; al no haberse cumplido con el procedimiento excepcional previsto en el inciso uno, del artículo trescientos setenta y cuatro, del código adjetivo, que regula la modificación de oficio del tipo penal.

b) Aplicación indebida del inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del Código procesal Penal, referido a la conclusión anticipada parcial.

3.2. Para ello, mediante decreto del ocho de mayo de dos mil diecinueve (folio 52), se citó a audiencia de casación, en donde el recurrente efectuó su informe oral; con lo que la causa quedó expedita para resolver su pretensión.

CUARTO. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

4.1. El principio de congruencia constituye una garantía para los justiciables y limita la potestad de resolver, puesto que exige la unidad del objeto del proceso (hecho fáctico y jurídico) entre la acusación y sentencia, es decir, que el juez no puede ir más allá del petitorio del Ministerio Público. La importancia y gravedad

del principio de congruencia se refleja cuando se sanciona la vulneración del “objeto del proceso” con la nulidad insubsanable del fallo¹.

4.2. Debemos sostener que los hechos (fáctico y jurídico), en virtud a este principio y como regla general, no puede ser objeto de modificación en la sentencia, pues se entiende que en base a esa pretensión que se le informo al procesado, su defensa efectuó una estrategia legal, por lo que, su modificación sorpresiva por parte del tribunal afectaría el principio de congruencia; lo cual también afecta gravemente el derecho de defensa y principio de contradicción.

4.3. Entonces, la calificación jurídica, fijada en la acusación, no puede ser variada en la sentencia. Pero, este supuesto de inmutabilidad del tipo penal tiene su excepción, en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, que vendría ser la tesis de desvinculación postulada por el tribunal cuando concurre tanto una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no apreciada en la acusación (siempre y cuando esta circunstancia permita el incremento de la punibilidad o justifique la imposición de una medida de seguridad) o la posible modificación de la tipificación del hecho objeto de acusación.

4.4. Para LEONE, esta institución procesal es “un instrumento en manos del Órgano Jurisdiccional que permite, sin modificar los hechos expuestos en la acusación fiscal y que fue objeto del debate judicial, dar al mismo una calificación o definición jurídica diferente”².

4.5. Por su parte, las Salas Penales de esta Corte Suprema efectuaron una interpretación dogmática sobre la figura procesal de la desvinculación, cuyos fundamentos fueron desarrollados en el acuerdo plenario N.º 4-2007/CJ-116, estableciendo en qué casos se puede plantear esa tesis y cuando no es necesario invocarla; para ello planteó la siguiente doctrina legal:

El Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Ésta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título

¹ En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: El principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, (...) es el límite a la potestad de resolver el órgano jurisdiccional, e impone como sanción la invalidación del acto procesal, de lo cual se infiere no solo la existencia de la institución, sino también su importancia. Ver en: Expediente N.º 00402-2006-HC/TC, Caso Luis Enrique Rojas Álvarez, fundamento 10.

² LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. II, Ed. EJE, Buenos Aires, 1963, P. 400.

de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa.

4.6. En puridad, son dos los supuestos en que se puede plantear la tesis de desvinculación:

a) Nueva subsunción típica del hecho objeto de acusación, significa cuando el juzgador advierte que los hechos fácticos pueden ser tipificados en otro tipo penal que proteja un bien jurídico homogéneo al que se protegía en el que es objeto de acusación. Esto no está referido cuando el tribunal, después de realizar un juicio de tipicidad como parte del control de legalidad, pretende desestimar una circunstancia agravante específica del tipo penal. Es decir, no es necesario postular la tesis de desvinculación cuando el juzgador estima que el referido elemento accidental del delito no se configura, quedando como calificación jurídica el tipo base del ilícito; ello tampoco implica una vulneración al principio de congruencia.

b) Incorporar algún elemento accidental del delito de carácter no esencial³, que constituyan circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a efectos de incrementar la pena o justificar la imposición de una medida de seguridad. Este tipo de circunstancias constituyen un plus al desvalor del comportamiento delictivo del agente, por ello, es razonable que el tribunal postule la tesis de desvinculación si quiere incorporar aquello al tipo penal.

4.7. Asimismo, debemos precisar que la desvinculación es de aplicación restrictiva por el órgano jurisdiccional⁴. Pues, se aplicará siempre y cuando: se respete el hecho fáctica, el nuevo tipo penal debe ser de la misma naturaleza del que fue objeto de acusación y su planteamiento debió ser antes de que culmine la actividad probatoria dándole la oportunidad a la partes procesales para que se pronuncien al respecto y ofrezcan nuevas pruebas para debatir lo postulado (nueva tipificación o incorporación de circunstancia modificativa de responsabilidad). Esta premisa permite que se concrete el derecho de

³ En palabras de POLAINO NAVARRETE, estos tipos de elementos no constituyen el concepto jurídico de delito, pero sí afectan a alguno de sus elementos esenciales que son susceptibles de graduación: bien sea la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad. Y lo hacen incrementando o disminuyendo la significación de los mismos, lo cual se traduce en una agravación o en una reducción de la pena. Ver en: *Derecho Penal. parte general*. Lima: ARA EDITORES, 2015, p. 541.

⁴ Cfr. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2012, p. 614.

contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

QUINTO. LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

5.1. La conclusión anticipada es una institución procesal que pertenece al sistema del consenso, ya que tiene como destinado la aceleración y simplificación del proceso penal mediante un acto unilateral del procesado y su defensa de reconocer su autoría o participación en el delito objeto de acusación y aceptar las consecuencias jurídicas; renunciando así a su derecho a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

5.2. Uno de los caracteres relevantes de esta institución procesal es su *formalidad*, el cual implica que debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Tiene como soporte legal la Ley N.º 28122 y el artículo trescientos setenta y dos del Código Procesal Penal, y fue objeto de desarrollo jurisprudencial por esta Suprema Corte en el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116. De acuerdo a esto, no solo se reguló el procedimiento de aplicación de la conclusión anticipada (al inicio del juicio oral y después de que el titular de la acción penal exponga sucintamente su acusación, se le pregunta al procesado si se declara responsable de los cargos imputados y acepta las consecuencias jurídicas, informándole de los alcances de la conclusión anticipada; ante ello, el procesado, previo coordinación con su defensa, emitirá una respuesta⁵), sino también los supuestos en que cabría aplicarla, las cuales son:

a) Cuando el acusado admite la responsabilidad de los cargos imputados y consecuencias jurídicas de carácter penal y civil.

b) Cuando el acusado admite la responsabilidad de los cargos imputados, pero cuestiona la pena y/o reparación civil.

5.3. El referido acuerdo plenario estableció que el primer supuesto se le denomina *conformidad absoluta*, y el otro, *conformidad relativa o limitada*. Cuando concurre la conformidad absoluta, el juzgador, si es que el acusado no solicita conferenciar con el fiscal para acordar la pena, da por concluida el juicio y emitirá sentencia conformada en esa misma sesión de audiencia o en la

⁵ Si la respuesta es negativa, y no concurrió vicios procedimentales o en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o defensa, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al período probatorio (límite necesario de la aplicación de la conclusión anticipada), puesto que con la conformidad procesal se persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa.

siguiente, la cual no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas. Sin embargo, ante una conformidad relativa, el juzgador previo traslado a las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba a actuarse para ese extremo.

5.4. Debemos precisar que ante una conformidad (absoluta o relativa), el Tribunal de mérito, en virtud a los principios de legalidad y culpabilidad⁶, tiene el deber de realizar un control de tipicidad de los hechos fácticos, para verificar la mínima corroboración de que el encausado incurrió en el delito imputado y aceptado, pudiendo advertir que el hecho imputado resulta atípico o resulta manifiesta la concurrencia de alguna circunstancia determinante de la excepción de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación⁷; también puede realizar un control del título de imputación y de la pena solicitada y aceptada.

5.5. Esta facultad del juzgador tiene como límite la imposibilidad de una valoración de los medios probatorios y la inmodificabilidad del hecho fáctico (El hecho viene definido por la acusación con la plena aceptación del imputado y defensa, no pudiendo el juzgador agregar ni reducirlos, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal). Asimismo, en observancia de los principios acusatorio y contradicción, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales, debiendo promoverse en la misma audiencia un debate sobre esos ámbitos (control de tipicidad de los hechos, del título de imputación o de la pena solicitada y aceptada).

SEXTO. ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO

6.1. La presente casación fue admitida por la falta e indebida aplicación de normas adjetivas; causal prevista en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

⁶ El principio de culpabilidad implica que, para poder afirmar la responsabilidad penal de una persona, el hecho tiene que podersele imputar objetiva y subjetivamente.

⁷ Si por el contrario el tribunal advierte errores como la omisión de considerar –a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante específica o la posibilidad de un tipo penal distinto y más grave, que requiere actuaciones probatorias y un debate por todas las partes –control in malam parte-, corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral. Ver en: Acuerdo Plenario N.º 5-208/CJ-166, fundamento N.º 16.

6.2. Como primer aspecto de pronunciamiento, el casacionista alegó que existió una aplicación indebida de la conclusión anticipada, debido a que los procesados solo habían admitido el hecho fáctico mas no el tipo penal, continuando el juicio oral para determinar si el tipo penal imputado se configuraba (tráfico ilícito de drogas con la agravante de pluralidad de agentes). Sobre este agravio, estimamos lo siguiente:

a) Conforme al Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, la conclusión anticipada se aplica en dos situaciones: **i)** Admisión de la pretensión penal (hecho fáctico, tipo penal y responsabilidad penal) y consecuencias jurídicas (pena y reparación civil), y, **ii)** Admisión de la pretensión penal, cuestionando la pena y/o reparación civil. El primero se le denomina conformidad absoluta y el segundo conformidad relativa. Esta última se encuentra regulada en el inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del Código Procesal Penal, el cual establece que, ante este tipo de conformidad por parte de los procesados, el juez previo traslado a las partes y siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate en el extremo de la consecuencias jurídicas de carácter penal y/o civil, y determinara los medios de prueba que deberá actuarse.

b) En el presente caso, no ha concurrido ninguno de estos dos tipos de conformidad (absoluta y relativa), pues los acusados, en la sesión de audiencia del diecinueve de abril de dos mil dieciséis (folio 50), al informarles sobre los alcances de la conclusión anticipada y preguntarles si admitían los cargos imputados, respondieron que **admitían solo la imputación fáctica mas no la calificación jurídica de los hechos en la modalidad agravada.**

c) Ante ese contexto, el Juzgado Colegiado, en esa sesión de audiencia, no aceptó la conclusión anticipada; disponiendo que continué el juicio oral, llevándose a cabo una actividad probatoria (testimoniales y oralización de pieza procesales); sin embargo, en la sentencia al momento de determinar la pena, consideró que se reduciría la pena concreta parcial por el beneficio de la conclusión anticipada.

d) Con ello se desnaturalizó el proceso penal, pues hubo una indebida aplicación de la institución procesal de la conclusión anticipada; por lo que, de acuerdo a los artículos ciento cuarenta y nueve y ciento cincuenta del Código

Procesal Penal, se ha incurrido en causal de nulidad insubsanable, debiendo retrotraerse el proceso hasta el momento en que se dio el vicio. Por ello, debe declararse nulas la sentencia de vista y la de primera instancia, así como los juicios orales de primera y segunda instancia; y la inmediata libertad de los procesados José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Greysi Magaly Muraya Pacaya, con restricciones para garantizar su concurrencia al nuevo juicio oral.

6.3. Ahora, respecto al otro ámbito de pronunciamiento, el representante del Ministerio Público también alegó que se vulneró el principio de congruencia, entre la acusación y sentencia, previsto en el inciso dos, del artículo trescientos noventa y siete, del Código Procesal Penal, por haberse modificado la calificación jurídica de los hechos objeto de acusación, sin cumplirse el procedimiento excepcional de la desvinculación, prevista en el inciso uno, del artículo trescientos setenta y cuatro, del Código Procesal Penal.

Ante este agravio, debemos señalar lo siguiente:

a) Se acusó a los procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas con la circunstancia agravante específica de “pluralidad de agentes”, establecida en el artículo doscientos noventa y seis, en concordancia con el inciso seis, del artículo doscientos noventa y siete, del Código Penal.

b) Sin embargo, en la sentencia, el Juzgado Colegiado realizó un juicio de tipicidad determinando que en el acontecimiento delictivo no se configuraba la referida agravante, subsumiendo las conductas de los acusados sólo en el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas; así se emitió la sentencia condenatoria y fue confirmada por la Sala Penal de Apelaciones.

c) En ese sentido, al haberse desnaturalizado la institución de la conclusión anticipada del proceso, no cabía plantear la tesis de desvinculación en ese contexto. En consecuencia, el agravio en este extremo debe ser desestimado y será en el nuevo juicio oral donde otro juzgado colegiado deberá actuar conforme a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal y observar el Acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116, específicamente el fundamento jurídico N.º 11.

6.4. En puridad, el Juzgado Colegiado y la Sala Penal de Apelaciones aplicaron indebidamente la conclusión anticipada, inobservando lo previsto en el artículo

trecientos setenta y dos del Código Procesal Penal, disposición que regula dicha institución; de modo que se configura la causal establecida en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal. En consecuencia, se incurrió en nulidad absoluta en los términos de los artículos ciento cuarenta y nueve y ciento cincuenta del citado Código Adjetivo.

6.5. Por otro lado, a efectos de asegurar la presencia de los procesados en el juicio oral, conforme lo dispuesto en el artículo cuatrocientos once del Código Procesal Penal, corresponde dictar la medida de comparecencia con restricciones, de acuerdo al artículo doscientos ochenta y ocho, del código acotado, consistentes en⁸: **a)** Proporcionar el lugar de su residencia y no ausentarse de la misma sin previa autorización del órgano jurisdiccional. **b)** Concurrir a las diligencias en las que se requiera sus presencias. **c)** Sin perjuicio de lo anterior, concurrir cada treinta días al local del Juzgado para informar y justificar sus actividades, debiendo pasar el control biométrico correspondiente. **d)** No tener comunicación entre ellos. Asimismo, se debe fijar el impedimento de salida del país.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO en parte el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal prevista en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, debido a la inobservancia del artículo trescientos setenta y dos, del citado Código Adjetivo.

II. CASARON la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folio 171), que confirmó la sentencia del tres de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Greysi Magaly Muraya Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad; en consecuencia, **NULAS** las citadas sentencias de primera y segunda instancia, y **CON REENVÍO**, ordenaron la realización de un nuevo juicio oral por un juzgado distinto.

⁸ Criterio asumido por esta Sala Suprema Penal en el Recurso de Nulidad 2505-2017/Lima.

III. DISPUSIERON la inmediata libertad de los procesados José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Greysi Magaly Muraya Pacaya, siempre y cuando no existe en su contra mandato de detención emanado por autoridad competente; y sujetos a comparecencia con restricciones que se señalan en el fundamento 6.5. de la presente ejecutoria, y el impedimento de salida del país; en consecuencia, **OFÍCIESE**, vía fax, a la Primera Sala Penal Reos Libres, de la Corte Superior de Justicia de Tacna, a fin de concretar esta disposición.

IV. MANDARON se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial; se notifique la presente ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, devuélvase los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

QC/AWZA

LA DISCORDIA DEL JUEZ SUPREMO CASTAÑEDA ESPINOZA ES COMO SIGUE:

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve

VISTO: en discordia, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público (folio 196), contra la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folio 171), que confirmó la sentencia del tres de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad.

CONSIDERANDO

PRIMERO. En principio, conforme con lo dispuesto por el artículo 144 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el juez dirimente debe circunscribir su intervención jurisdiccional a los puntos materia de discordia, para lo cual ha de tener presentes los votos emitidos por los jueces que intervinieron previamente, conforme con el artículo 142 del citado Código Orgánico.

PRETENSIÓN FISCAL

SEGUNDO. La Fiscalía Superior interpone recurso de casación contra la sentencia de vista de cinco de octubre de dos mil dieciséis, que confirma la sentencia del tres de junio de dos mil dieciséis, que condeno a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad, solicitando se declare fundado el

presente recurso y case la citada resolución, y declare nula la citada resolución, ordenando nuevo juzgamiento con otros magistrados.

Motivo casacional

TERCERO. El presente recurso de casación planteado por el Ministerio Público, por Auto de Calificación se admitió conforme con el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, con relación a dos causales, referido a:

Primero por falta de aplicación del inciso 2, del artículo 397, del Código Procesal Penal alega que se vulneró el principio de congruencia entre la acusación y sentencia, en razón de que acusó a los procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas con la circunstancia agravante específica de “pluralidad de agentes”, establecida en el artículo 297, inciso 6, del Código Penal; sin embargo, en la sentencia, el juzgado colegiado realizó un juicio de tipicidad para determinar que el acontecimiento delictivo no se configuraba en la referida agravante, subsumiendo las conductas de los acusados solo en el tipo base tráfico ilícito de drogas (artículo 296 del Código Penal), emitiendo sentencia condenatoria, la cual fue confirmada por la Sala Penal de Apelaciones.

Segundo por la indebida aplicación de la conclusión anticipada, conforme con el inciso 3, del artículo 372, del Código Procesal Penal, alegando que en la sesión de instalación de audiencia del juicio oral del diecinueve de abril de dos mil dieciséis, los acusados, al ser informados sobre los alcances de la conclusión anticipada y preguntarles si admitían los cargos imputados, respondieron que aceptaban solo los cargos pero no el tipo penal; es por ello que el juzgado Colegiado, expresamente no aceptó la conclusión anticipada y dispuso que se continúe el juicio oral.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO

CUARTO. El Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116 establece que la conclusión anticipada se aplica en dos situaciones:

4.1. Admisión de la pretensión penal (hecho fáctico, tipo penal y responsabilidad penal) y consecuencias jurídicas (pena y/o reparación civil), dentro de estas se le denomina conformidad absoluta.

4.2. Admisión de la pretensión penal, cuestionando la pena y/o reparación civil, dentro de esta se le denomina conformidad relativa, lo cual se encuentra regulado en el inciso tres, del artículo trescientos setenta y dos, del Código Procesal Penal, el cual prescribe: “Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez, previo traslado a las partes y siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate en el extremo de la consecuencia jurídica de carácter penal y/o civil, y determinara los medios de prueba que deberá actuarse”.

QUINTO. Con relación al principio de correlación entre acusación y sentencia, se ha precisado: “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”¹. Igualmente: “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 su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado), el mismo que no puede mutar sustancialmente [...]”².

SEXTO. Resulta claro que la ley procesal establece de modo taxativo las acciones y las formas en que se deben efectuar los planteamientos y la defensa de intereses dentro de la investigación y del proceso penal en sí, dado que las normas procesales son de cumplimiento obligatorio por todos los sujetos intervinientes en el proceso. El Código Procesal Penal establece los supuestos concretos en los que se puede declarar la nulidad, lo que no puede extenderse a situaciones no previstas y menos aplicarse sobre actuaciones que corresponden ser elevadas mediante otra vía. El órgano jurisdiccional no puede exceder las potestades que le confiere la ley y

¹ ACUERDO PLENARIO N.º 4-2007/CJ-116, fundamento 8, Lima, Perú, 2007.

² Ibid, fundamento 10.

mucho menos emitir pronunciamiento que no corresponde a los planteamientos propuestos por las partes. Los derechos y su ejercicio mediante las acciones de las partes, limitan la actuación procesal. (Casación N°33-2011- SPP).

SÉTIMO. El recurso de casación busca que este Supremo Tribunal ejerza un control normativo respecto al procedimiento aplicado en la conclusión anticipada, debiendo observarse el cumplimiento de una formalidad que establece la ley, verificando exclusivamente las causales que han sido cuestionadas, buscando la aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional.

OCTAVO. En el presente caso, se trata de una conclusión anticipada parcial, que no fue aceptada expresamente por el juzgador, conforme con el acta de audiencia (fojas 50), en esta circunstancias no puede tener efectos jurídicos para actuar de oficio y desvincularse del tipo penal acusado (forma agravante) adecuado para reducir la pena al tipo base (artículo 296 del Código Penal), tal como se aplicó en primera instancia y, confirmada en la Sala de mérito, interpretando erróneamente los alcances del inciso 3, del artículo 372, del Código Procesal Penal, con lo que desnaturalizo el procedimiento de la Conclusión Anticipada.

NOVENO. Esta conclusión tiene sustento, sobre la base de la revisión de los actuados del expediente judicial (acta de audiencia transcrita fojas 50-52), especialmente del CD adjuntado al expediente, donde se encontrarían los audios grabados de toda la audiencia de juicio oral; sin embargo, revisado y escuchado el CD, del desarrollo de instalación de audiencia del juicio oral, del diecinueve de abril de dos mil dieciséis, no se encuentra grabado, desconociendo lo sucedido en dicho acto, por ello, se verifica el acta transcrita de instalación de audiencia (fojas 50), donde se aprecia que los encausados solo aceptaron los cargos atribuidos en la acusación fiscal, pero no el tipo penal (calificación jurídica), entendiéndose así como una aceptación parcial de los hechos, quedando desvirtuada la aplicación total de dicha institución jurídica, tal como se aplicó el beneficio procesal (adecuación de tipo y reducción de pena).

DÉCIMO. Además de lo analizado, se advierte que no hay una correlación entre la acusación fiscal y la sentencia expedida, porque esta no ha sido modificada ni ampliada en juicio oral por el titular de la acción penal; por tanto, el hecho punible imputado resultaba inmutable para las partes y obliga al tribunal a pronunciarse salvo en el caso de que en el curso del debate oral se originara una discrepancia o un error en la calificación, en este caso permite al juez actuar de oficio; pero en el presente caso el Ministerio Público no varió la calificación jurídica formulada en la acusación; de otro lado, es cierto que el juez puede observar la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos materia de debate que no haya sido considerado por el Ministerio Público, pero la Ley procesal establece los parámetros de la forma y el modo para su aplicación.

DECIMOPRIMERO. De lo actuado es evidente la desnaturalización de la institución jurídica de la conclusión anticipada del juicio que se aplicó en primera instancia y, confirmada por la Sala de mérito, menos se podía actuar de oficio, impulsando la tesis de desvinculación de la calificación jurídica, desconociendo el principio de legalidad penal y el juicio de tipicidad que exige verificar la relación de todos los elementos de la figura típica; más aún que estos (acusados) no han declarado en juicio para aclarar la forma, modo y circunstancias de sus participaciones en los hechos imputados, existiendo, por tanto, un vicio relevante en la actuación procesal que afecta el procedimiento especial de conclusión anticipada, previsto en los artículos 149 y 150 del Código Procesal Penal³, incurriendo en causal de nulidad insubsanable, debiendo retrotraerse el proceso hasta el momento en que se dio el vicio.

³ **Artículo 149 del Código Procesal Penal**

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

Artículo 150 del Código Procesal Penal

Nulidad absoluta. No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aún de oficio los defectos concernientes [...]:

- c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria.
- d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

Por tal motivo, **ME ADHIERO** a los fundamentos expuestos en la Sentencia Casatoria firmada por los magistrados Quintanilla Chacón y Castañeda Otsu.

DECISIÓN

Por lo expuesto:

I. Se declara **FUNDADO**, en parte, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público por la causal prevista en el inciso dos, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, debido a la inobservancia del artículo trescientos setenta y dos, del citado Código Adjetivo.

II. **CASARON** la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folio 171), que confirmó la sentencia del trece de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lastaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo doscientos noventa y seis, del Código Penal), en perjuicio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad; en consecuencia, **NULAS** las citadas sentencias de primera y segunda instancias, y **CON REENVÍO**, ordenaron la realización de un nuevo juicio oral por un juzgado distinto y con lo demás que contiene.

S. S.

CASTAÑEDA ESPINOZA

CE/*mla*

acondicionada en su cuerpo (brasier y pantalón) 42 envoltorios de preservativos conteniendo droga (con un peso bruto de 1558 gramos). Se logró determinar que los acusados provenían de la ciudad de Ilo, lugar donde acondicionaron la droga, específicamente en la casa de la acusada Yuri Calvo Pacaya; siendo la proveedora de esas sustancias la persona de nombre “Clarita Ortega”. Asimismo, se demostró que los procesados José Lastaunau Santa Cruz y Geysi Magaly Murayari Pacaya eran convivientes, mientras que Yuri Calvo Pacaya es cuñada del referido procesado, y fue esta quién le indicó para realizar esta actividad ilícita.

- 1.2. El representante del Ministerio Público calificó los hechos como **tráfico ilícito de drogas con la agravante de pluralidad de agentes**, previsto en el primer párrafo del artículo 296, en concordancia con el inciso 6, del artículo 297, del Código Penal.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DEL CASACIONISTA

El representante del Ministerio Público, al fundamentar el recurso de casación ordinaria (folios 196 a 203), invocó el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal; alegó que:

- 2.1. Se inobservó normas legales de carácter procesal como es la prohibición de modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, prevista en el inciso 2, del artículo 397, del Código Procesal Penal; además, la aplicación indebida de una conclusión anticipada parcial, regulada en el inciso 3, del artículo 372, del mismo cuerpo legal.
- 2.2. Sin observación del procedimiento excepcional previsto en el inciso 1, del artículo 374, del Código Procesal Penal, se procedió de oficio modificar la calificación jurídica materia de acusación —inciso 6, del artículo 297, del Código Penal—; condenándose a los acusados solo por el tipo base —previsto en el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal—.
- 2.3. El juzgador, de manera excepcional, puede modificar la calificación jurídica, siempre y cuando, en el juicio, se informe sobre esa posibilidad a

las partes procesales, hasta antes de la culminación de la etapa probatoria; pero, en autos no se observó ese procedimiento.

- 2.4.** El juzgado aplicó una conclusión anticipada “*parcial*” —prevista en el inciso 3, del artículo 372, del Código Procesal Penal—, porque los procesados habrían reconocido únicamente los hechos y cuestionaron la calificación jurídica; sin embargo, este tipo de conclusión anticipada procede cuando solo se cuestiona las consecuencias jurídicas —pena y/o reparación civil—; en el presente caso, el ámbito de aceptación de los acusados —imputación fáctica— no es meritorio para la aplicación de esta “*simplificación procesal*”, al no subsumirse a algún tipo de conclusión anticipada.
- 2.5.** En el Acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116 se estableció, como doctrina jurisprudencial, la inaplicación de los supuestos de “*correo de drogas*” a la circunstancia agravante de “*pluralidad de agentes*”, salvo lo señalado en el fundamento jurídico 11; en el cual se establece que ello sí es posible si es que el autor ha intervenido en otras fases de las propias de transporte. En el presente caso, esto último ha sucedido, por lo que, sí se configura la calificación jurídica materia de acusación, resultando erróneo el razonamiento del tribunal al condenar por el tipo base.

TERCERO. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

- 3.1.** Mediante Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete (folios 41 a 45 del cuadernillo formado en esta instancia), se declaró bien concedido la presente casación, por la causal prevista en el inciso 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal¹, por advertirse una posible:
- a)** inobservancia del inciso 2, del artículo 397, del CPP, referido a la prohibición de modificar el tipo penal imputado, si no se cumple con el procedimiento excepcional previsto en el inciso 1, del artículo 374, del CPP —regula la modificación de oficio de la calificación jurídica—; y,
 - b)** aplicación indebida del inciso 3, del artículo 372, del CPP, sobre la conclusión anticipada.

¹ En adelante, CPP.

3.2. Ante ello, el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve se emitió sentencia de casación, con una decisión judicial no unánime; generándose la siguiente discordia:

i) Voto por mayoría: los jueces supremos Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado y Pacheco Huancas, declararon: **a)** fundado en parte el recurso de casación; **b)** casaron la sentencia de vista; **c)** actuando en sede instancia, y sin reenvío, reformaron la citada sentencia, condenando a los procesados como autores del delito de tráfico ilícito de drogas con agravante (previsto en el primer párrafo, del artículo 296, en concordancia con el inciso 6, del artículo 297, del Código Penal), y les impusieron doce años, diez meses y nueve días de pena privativa de libertad.

ii) Voto por minoría: los jueces supremos Quintanilla Chacón y Castañeda Otsu, declararon: **a)** fundando en parte el recurso de casación; **b)** casaron la sentencia de vista; **c)** nulas las sentencias —de primera y segunda instancia—, y con reenvío, ordenaron la realización de un nuevo juicio oral por juzgado distinto; **d)** inmediata libertad de los procesados.

3.3. Ante esas posiciones disímiles surgidas, se llamó como vocal dirimente al juez supremo Castañeda Espinoza, quien emitió su voto singular **adhiriéndose al voto por minoría.**

3.4. En ese sentido, aún se mantiene la discordia; por lo que, **el presente pronunciamiento tiene como objeto determinar** si se aplicó indebidamente la conclusión anticipada y si se realizó una desvinculación procesal sin respetar el procedimiento previsto en la ley; asimismo, de ser el caso, establecer si en el hecho imputado concurre o no la circunstancia agravante de pluralidad de agentes, conforme fue materia de acusación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO. FUNDAMENTOS PARTICULARES DE NUESTRA POSICIÓN

SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

- 4.1.** El representante del Ministerio Público cuestionó la modificación de la calificación jurídica materia de acusación, que se realizó en la sentencia de primera instancia y fue confirmada por la Sala de Apelaciones; alegando que con ello se vulneró el principio de congruencia —previsto en el inciso 2, del artículo 397, del CPP—, al no observarse el procedimiento excepcional de la “*desvinculación procesal*” —regulado en el inciso 1, del artículo 374, del CPP—.
- 4.2.** En los actuados se aprecia, que el señor fiscal estableció, en su requerimiento acusatorio, como calificación jurídica de los hechos, el delito de tráfico ilícito de drogas con agravante —pluralidad de agente—, previsto en el inciso 6, del artículo 297, en concordancia con el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal. Al inicio del juicio oral, las defensas técnicas y acusados, contradiciendo la acusación, plantearon como calificación jurídica solo el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas, cuestionando la no concurrencia de la referida circunstancia agravante específica; de allí que, el juzgado en su sentencia —folios 101 a 121— delimita como “*Asuntos controversiales*” —ver fundamento jurídico 17—, determinar la calificación penal de los hechos; concluyendo, luego de la valoración probatoria y juicio de tipicidad, que en los hechos atribuidos no concurre la circunstancia agravante de pluralidad de agentes, únicamente se adecuan al tipo base del delito imputado —primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal—.
- 4.3.** El principio de congruencia, en el proceso penal, se encuentra vinculado a la denominada *correlación entre acusación y sentencia*; el cual informa que el tribunal no puede emitir sentencia condenatoria por fundamentos fácticos distintos ni a persona distinta de la acusada, toda vez que, estos elementos son los que conforman el “*objeto del proceso*”², el cual vincula de manera inexorable al tribunal jurisdiccional,

² En esa misma línea, Ore Guardia, sostiene que la doctrina mayoritaria —del cual es partidario— considera que el objeto del proceso penal está constituido por un elemento subjetivo (persona imputada) y un elemento objetivo (hecho punible). Ver en: *Derecho procesal penal peruano*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 38.

constituyendo el límite de la sentencia, en observancia del derecho de defensa y principio de contradicción.

Al respecto, Del Rio Ferrati señala que *“el objeto del proceso no puede estar constituido por todo el contenido de la acusación, como si fuera una pretensión punitiva, sino exclusivamente por aquella parte de su contenido que (...) se limita al contenido fáctico de la acusación”*³; en ese sentido, **la calificación jurídica**, al igual que la sanción penal, **no forman parte del objeto del proceso penal, de modo que, no lo vincula al juez**; por ello, cabe la posibilidad que este magistrado pueda apartarse de la calificación jurídica propuesta por el fiscal, a través de la denominada *tesis de desvinculación*, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el inciso 1, del artículo 374, del CPP.

No obstante, esta norma adjetiva solo regula *“la desvinculación de oficio”* –el juez antes de la culminación de la actividad probatoria debe de postular esta tesis, dándole a conocer a las partes procesales sobre la posibilidad de la variación de la calificación jurídica de los hechos–, pero se estima que ello no implica que esta figura procesal –desvinculación– no se pueda llevar de otra manera sin afectar los derechos fundamentales del acusado y principios del juicio oral –especialmente el de contradicción—. Para eso, se debe recurrir a la fuente de derecho como es la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116 –en la que se efectuó una interpretación sobre la desvinculación y estableció determinados criterios–, siendo resaltante el siguiente:

El Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Esta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de

³ La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Ver en: <http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0403108-103409//rio.pdf>

participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa.

Como se puede apreciar, también cabe la desvinculación de parte, esto es, si la defensa de los acusados la proponen de manera expresa o tácita, para lo cual no es necesario que el juez proponga esa tesis de desvinculación, como se prevé en la citada norma procesal; tampoco es imprescindible su postulación en el plenario —ya sea por el juez o la defensa—, si se va introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o título de intervención delictiva, ni en casos de manifiesto error en la tipificación fácilmente constatable por la defensa.

Asimismo, en ese acuerdo plenario se estableció los supuestos en que se puede plantear la tesis de desvinculación, las cuales son:

- a) Nueva subsunción de los hechos en otro tipo penal, significa cuando el juzgador advierte que el hecho punible puede adecuarse en otro tipo penal —contiene la descripción legal de una conducta prohibida calificada como delito— que proteja un bien jurídico homogéneo al que se protegía en el que es objeto de acusación. Esto no está referido cuando el tribunal, después de realizar un juicio de tipicidad como parte del control de legalidad, pretende desestimar la circunstancia agravante específica del tipo penal que fue materia de la calificación jurídica; es decir, no es necesario postular la tesis de desvinculación cuando el juzgador estima que el referido elemento fáctico accidental del delito no se configura, quedando como calificación jurídica solo el tipo base del ilícito imputado; por lo que, de ningún modo ello implica una vulneración al principio de congruencia.
- b) Incorporar algún elemento fáctico accidental del delito de carácter no esencial⁴, que constituyan circunstancias modificativas de

⁴ En palabras de POLAINO NAVARRETE, estos tipos de elementos no constituyen el concepto jurídico de delito, pero sí afectan a alguno de sus elementos esenciales que son susceptibles de graduación: bien sea la antijuricidad, culpabilidad o punibilidad. Y lo hacen incrementando o disminuyendo la significación de los mismos, lo cual se traduce en una agravación o en una reducción de la pena. Ver en: *Derecho penal. Parte general*. Lima: ARA EDITORES, 2015, p. 541.

responsabilidad penal, a efectos de incrementar la pena o justificar la imposición de una medida de seguridad. La circunstancia agravante específica constituye un plus al desvalor del comportamiento delictivo del agente, por ello, es razonable que el tribunal postule la tesis de desvinculación si quiere incorporar aquello a la calificación jurídica de los hechos.

- 4.4.** En ese sentido, se aprecia de lo actuado que el juzgado, al realizar un juicio de tipicidad en virtud a la planteado por la defensas técnicas de los acusados —lo que fue objeto de debate en el juicio—, concluyó que del hecho punible materia de acusación no concurre la circunstancia agravante específica de “*pluralidad de agentes*”, como lo imputó el fiscal dentro de la calificación jurídica, por lo que, decidió condenar únicamente por el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas; decisión que se encuentra dentro de sus facultados, esto es, que el juzgado puede desestimar una agravante específica si esta no se encuentra demostrada según su propia apreciación —una cosa es que tenga esa potestad jurisdiccional, y otra cosa es que el resultado de ese juicio de tipicidad se encuentre conforme a ley—.

Asimismo, se estima que este tipo de desvinculación no se encuentra dentro de los dos supuestos antes citados para que el juez haya estado en la obligación de postular la tesis de desvinculación en el juicio oral, ya que no se trata de una nueva tipificación de los hechos en otro tipo penal, menos aún la incorporación de alguna circunstancia agravante específica; por el contrario, se mantuvo lo definición jurídica de los hechos en su tipo base —tráfico ilícito de drogas—, lo que también fue objeto de acusación.

- 4.5.** Por tanto, el actuar del juzgado no vulneró el principio de congruencia, ya que no cabía plantear de oficio la tesis de desvinculación; a esto se debe sumar que, la defensa técnica sí postuló como calificación jurídica alterna el delito de tráfico ilícito de drogas en su tipo base, lo que fue objeto de debate durante el plenario. En consecuencia, este agravio no tiene asidero.

RESPECTO A LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

- 4.6.** Aquí, el casacionista afirmó que el juzgado aplicó indebidamente la conclusión anticipada parcial —prevista en el inciso 3, del artículo 372, del CPP—, pues al preguntarle a los acusados si admitían los cargos, respondieron que solo aceptaban la imputación fáctica, y no la calificación jurídica materia de acusación.
- 4.7.** En la causa se aprecia que, el juzgado no admitió la conclusión anticipada, pues si bien en la sesión de audiencia de juicio (folios 50 a 52) los acusados indicaron solo reconocer los hechos, cuestionaron la circunstancia agravante específica —pluralidad de agentes— del tipo penal imputado —tráfico ilícito de drogas—, pretendiendo se les juzgue únicamente con el tipo base de ese delito. En ese sentido, este tipo de aceptación no equivale a alguno de los dos tipos de conformidad —absoluta y relativa— establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, en concordancia con los incisos 2 y 3, del artículo 372, del CPP, ya que, mínimamente para aplicarse la conclusión anticipada, el encausado debe de reconocer las imputaciones fáctica y jurídica, cuestionando solo las consecuencias jurídicas —de carácter penal y civil—, a esto se le denomina “*conformidad relativa*” (y no “parcial” como equivocadamente el recurrente sostuvo en su recurso de casación; pues la conclusión anticipada parcial se encuentra regulada en el inciso 4 de esta norma adjetiva y está referido a la aceptación de los cargos por alguno (s) de los coacusados).
- 4.8.** Por tanto, en el presente caso no existió la aplicación de una conclusión anticipada, como erróneamente entendió el señor fiscal; apreciándose el desarrollo de un juicio oral en donde solo se debatió la calificación jurídica —específicamente para establecer si concurre o no la agravante específica de pluralidad de agentes—, ya que sobre el fáctico se había dado una convención probatoria; además, en la sentencia de primera instancia se realizó una valoración de los medios probatorios para la definición jurídica de los hechos imputados. Si bien en esa resolución se indicó, al dosificar el castigo penal, que la pena concreta parcial debe ser reducida en 1/7 por aplicación del beneficio de la conclusión anticipada, ello no debe entenderse como una aplicación real de esa

forma de simplificación procesal, sino como una recompensa por parte del juzgado en virtud a la aceptación de la imputación fáctica por los acusados —aunque ese tribunal no consideró que la pluralidad de agentes estaba comprendida en el cuadro fáctico, por lo que, no hubo una aceptación total de los hechos—. En consecuencia, este agravio también debe ser desestimado.

EN CUANTO A LA SUBSUNCIÓN TÍPICA DE LOS HECHOS IMPUTADOS

- 4.9.** El casacionista, también justificó la causal invocada —inciso 3, del artículo 429, del CPP—, señalando que hubo una falta de aplicación de un precepto legal, debido que a los acusados se les debió condenar por la calificación jurídica materia de acusación, es decir, por el delito de tráfico ilícito de drogas con la agravante específica de pluralidad de agentes (previsto en el inciso 6, del artículo 297, en concordancia con el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal), y no solo por el tipo base de ese ilícito; por lo que, no comparte el razonamiento del juzgado y de la Sala Superior.
- 4.10.** Ante este tipo de cuestionamiento, compartimos el criterio del voto por mayoría, en actuar como sede de instancia con el fin de realizar un control de coherencia en el razonamiento probatorio que desarrollo el tribunal de mérito, para luego determinar mediante un juicio de tipicidad si los hechos imputados se subsumen solo al tipo base o también alcanza a la referida circunstancia agravante.
- 4.11.** Se estableció como hecho probado que los acusados José Lostaunau y Geysi Murayari son convivientes; ella media hermana de su coacusada Yuri Calvo, quien ya conocía a la encausada Juana Taricuarima. Esta última fue quien tuvo contacto primigeniamente con la persona de nombre Clara Castaña, conocida con el apelativo “Chata”, y era la propietaria de la droga incautada. De acuerdo a la historia fáctica de cómo los acusados llegaron a contactarse, de sus declaraciones se desprende que Clara Castaña fue quien le indicó a la acusada Juana Taricuarima que buscará a tres o cuatro personas para que lleven mercadería a Tacna y de ahí a Arica – Chile; ante ese pedido, Juana Taricuarima se contactó con su conocida Yuri Calvo, quien le ofreció esa labor delictiva a sus familiares Geysi Murayari y José Lostaunau. Previa

coordinación, la ingesta y acondicionamiento de la droga incautada se llevó a cabo en el domicilio de Yuri Calvo (ubicada en Ilo – Moquegua), quienes juntos se dirigieron a la ciudad de Tacna para tomar el bus que los llevaría a Arica – Chile con esas sustancias, no obstante, fueron intervenidos, conforme se aprecia del acta de intervención (folios 21 a 22 del incidente de medios probatorios).

4.12. Como se puede apreciar, objetivamente participaron en el evento delictivo cuatro personas, quienes ya se habían concertado para cometer el ilícito. Asimismo, se aprecia que ellos no simplemente se limitaron a realizar un acto de traslado, sino que existió un “nexo intenso” entre los acusados, o como también lo denomina el Acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116: *un rol que no es meramente periférico o marginal, sino, al menos, de cierta entidad en la finalidad y efectividad del transporte*⁵; pues, Yuri Calvo ofreció su inmueble para la ingesta y acondicionamiento de la droga, y los acusados José Lostaunau y Geysi Murayari, por indicación de Yuri Calvo —conforme a la declaración de José Lostaunau—, llevaron a su menor hija —de acuerdo al acta de intervención Geysi Murayari fue intervenida junto a esta menor— para crear una fachada de un viaje familiar y así no pasen por los controles policiales.

4.13. Por tanto, en atención a lo descrito en el fundamento jurídico N.º 11 del citado Acuerdo⁶, está demostrada la concurrencia de la circunstancia agravante específica de pluralidad de agentes del delito imputado, prevista en el inciso 6 del artículo 297, en concordancia con el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal; es en base con esta calificación jurídica que los acusados deben ser condenados e individualizar la pena en función al marco penal previsto en ese precepto legal.

4.14. El delito de tráfico ilícito de drogas con agravante, prevé un marco penal no menor de quince ni mayor de veinticinco años de privación de libertad. El representante del Ministerio Público, en su requisitoria oral,

⁵ Ver fundamento jurídico N.º 10.

⁶ Si en un acto de transporte de drogas intervienen, mediando concierto, tres o más burriers, deberán ser castigados con arreglo al inciso 6, del artículo 297, del Código Penal.

solicitó para Juana Taricuarima y Yuri Calvo una pena privativa de 13 años con 8 meses; mientras que para los demás propuso 12 años con 10 meses y 9 días de pena privativa; no obstante, compartiendo el criterio del voto por mayoría, también se estima que por la participación de cada acusado —en que todos coadyuvaron a la efectividad del transporte de droga— no cabría hacer distinciones sobre una mayor penalidad entre los encausados; por lo que, considerando que estos son agentes primarios, resulta razonable en función a los fines de la pena —preventiva— individualizar la pena privativa de libertad en 12 años con 10 meses y 9 días, solicitada por el fiscal; en consecuencia, la sanción penal impuesta en la sentencia debe ser aumentado en ese sentido.

- 4.15.** En conclusión, se acreditó la configuración de la causal 3, del artículo 429, del CPP, por la falta de aplicación de precepto legal —inciso 6, del artículo 297, del Código Penal—, vinculado a la calificación jurídica de los hechos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **ME ADHIERO** al voto de los jueces supremos Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado y Pacheco Huancas; en consecuencia, se declare:

- I. **FUNDADO** en parte el recurso de casación ordinaria interpuesto por el representante del Ministerio Público.
- II. **CASARON** la sentencia de vista del cinco de octubre de dos mil dieciséis (folios 171 a 178), que confirmó la sentencia del tres de junio de dos mil dieciséis, que condenó a José Lostaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Geysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas (previsto en el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal), en agravio del Estado, a siete años, ocho meses y dieciocho días de pena privativa de la libertad; y **actuando en sede instancia** y **sin reenvío**, **REFORMARON** la citada sentencia de vista, condenando a José Lostaunau Santa Cruz, Juana Taricuarima Yahuarcani, Yuri Calvo Pacaya y Greysi Magaly Murayari Pacaya, como autores del

delito de tráfico ilícito de drogas con agravante (previsto en el primer párrafo, del artículo 296, en concordancia con el inciso 6, del artículo 297, del Código Penal), en perjuicio del Estado, a doce años, diez meses y nueve días de pena privativa de libertad.

III. MANDARON se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial; se notifique la presente ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo

S. S.

GUERRERO LÓPEZ

ISGL/awza