



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

EL PRINCIPIO DE DESVINCULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal

Autor

Izarra Mucha, Juan Carlos

Asesor

Pebe Pebe, Grimaldo Tomas

ORCID: 0000-0002-3697-4208

Jurado

Jimenez Herrera, Juan Carlos

Gonzales Loli, Martha Rocio

Carranza Cieza, Henry Wilmer

Lima - Perú

2025



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

EL PRINCIPIO DE DESVINCULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal

Autor:

Izarra Mucha, Juan Carlos

Asesor:

Pebe Pebe, Grimaldo Tomas

(ORCID: 0000-0002-3697-4208)

Jurado:

Jimenez Herrera, Juan Carlos

Gonzales Loli, Martha Rocio

Carranza Cieza, Henry Wilmer

Lima – Perú

2025

Dedicatoria

A mis padres y hermana, que siempre estuvieron pendientes de mi desarrollo personal, preocupados siempre porque el pasar de los años no me alcance sin dar mis mejores pasos; a mis maestros de la Escuela de Post Grado, quienes constantemente criticaban mi tema de tesis, lo que hizo que me esfuerce cada vez más.

Agradecimientos

A mi esposa Gabriela y a mis hijos, quienes son el verdadero motor y motivo desde mis pasos en pre grado, a ellos con mucho amor les dedico esta investigación, quienes siempre se preguntaron si alguna vez realmente duermo, pues siempre se fueron a descansar dejándome despierto y, cuando se despertaban, me encontraban despierto y en la misma posición de estudiante.

A los que claman justicia y un juicio justo, en el que las garantías no sean simples formalidades, sino más bien una corriente que consuma oficiosamente la mente de nuestros jueces, que sepan que, si ellos no garantizan el derecho de los justiciables, nadie lo podrá hacer.

Índice

Resumen	1
Abstract	2
I. Introducción	3
1.1 Planteamiento del problema	3
1.2 Descripción del problema	5
1.3 Formulación del problema	6
1.4 Antecedentes	7
1.5 Justificación de la investigación	15
1.6 Limitaciones de la investigación	16
1.7 Objetivos de la investigación	16
1.8 Hipótesis de la investigación	17
II. Marco Teórico	18
2.1 Marco Conceptual	18
III. Método	49
3.1 Tipo de investigación	49
3.2 Población y muestra	49
3.3 Operacionalización de variables	49
3.4 Instrumentos	50
3.5 Procedimientos	50
3.6 Análisis de datos	50
IV. Resultados	51
4.1 Cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado	52
4.2 Cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas	65
4.3 Cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa	69

4.4 Cumplimiento del supuesto de la coherencia	76
V. Discusión de resultados	80
VI. Conclusiones	84
VII. Recomendaciones	87
VIII. Referencias	88
IX. Anexos	92
Anexo 1: Matriz de consistencia	92
Anexo 2: Instrumentos de recolección de datos	93

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Relación de expedientes analizados.	51
Tabla 2. Expedientes que cumplieron el supuesto de homogeneidad.	64
Tabla 3. Expedientes que cumplieron el supuesto de inmutabilidad de los hechos.	68
Tabla 4. Expedientes que cumplieron la preservación del derecho de defensa.	75
Tabla 5. Expedientes que cumplieron el supuesto de coherencia.	79

RESUMEN

La investigación buscó determinar el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación Procesal Penal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque. Para ello, se realizó una investigación de enfoque cualitativo a través del análisis documental, en el que se analizaron sentencias penales de segunda instancia emitidas entre los años 2016 y 2019, en la que se había aplicado la tesis de desvinculación penal. La desvinculación penal es la figura procesal, a través de la cual, el juez recalificaba los hechos en una nueva figura típica distinta a la imputada por la fiscalía. La investigación encontró que los jueces no cumplen los requisitos establecidos por el Acuerdo Plenario Nro.4-2007/CJ-116, sobre todo el supuesto de homogeneidad del bien jurídico protegido, el cual establece que para la desvinculación los bienes jurídicos deben tener una alta homogeneidad, es decir, estar cerca de la figura delictiva. En ese sentido, la investigación estableció que los jueces utilizan erróneamente el criterio de ubicación del delito dentro del Código Penal, de tal forma, que si los delitos están dentro del mismo Título del Libro Segundo del Código Penal consideran que es homogéneo, siendo que ello no garantiza el presupuesto establecido en el Acuerdo Plenario. Asimismo, no se ha encontrado sustento para la aplicación de la desvinculación penal utilizada en Sala de Apelaciones o en la aplicación de la desvinculación penal en audiencia de prisión preventiva, toda vez que la norma no contempla, de manera específica, el otorgar facultades al juez para realizar esta actividad procesal.

Palabras clave: desvinculación penal, debido proceso, derecho de defensa.

ABSTRACT

The investigation sought to determine the level of compliance with the assumptions to apply the criminal procedural separation in the criminal courts of the Judicial District of Lambayeque. For this, a qualitative approach investigation was carried out through the documentary analysis, in which second-instance criminal sentences issued between 2016 and 2019 were analyzed, in which the thesis of criminal separation had been applied. The criminal disengagement is the procedural figure, through which, the judge requalified the facts in a new typical figure different from that imputed by the prosecution. The investigation found that the judges do not meet the requirements established by the Plenary Agreement No. 4-2007 / CJ-116, especially the assumption of homogeneity of the protected legal good, which establishes that for the decoupling of legal property must have a high homogeneity, that is, being close to the criminal figure. In that sense, the investigation established that the judges erroneously use the criterion of location of the crime within the Criminal Code, in such a way, that if the crimes are within the same Title of the Second Book of the Criminal Code they consider that it is homogeneous, being that does not guarantee the budget established in the Plenary Agreement. Likewise, no support has been found for the application of the criminal termination used in the Appeals Chamber or in the application of the criminal termination in pretrial detention hearing, since the rule does not specifically contemplate granting powers to the judge to perform this procedural activity.

Keywords: *criminal separation, due process, right of defense.*

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento del problema

Bajo el principio *iura novit curia* los jueces están facultados para la realización de una figura procesal que se implementó en el Código de Procedimientos Penales, a través del Decreto Legislativo Nro. 959 publicado en el Diario Oficial El peruano, el 17 de agosto del 2004, que incorporada el artículo 285-A° al Código de Procedimientos Penales, planteando la tesis de la desvinculación procesal penal, figura que también se puede hallar en el artículo 374°, inciso 1, del actual Código Procesal Penal, publicado por Decreto Legislativo Nro. 957, el 29 de julio del 2004, que faculta al juez a recalificar la imputación penal cuando observaba que los hechos subsumidos no corresponden al tipo penal establecido por la fiscalía. Por consiguiente, se debe advertir la tesis de desvinculación a las partes procesales antes de culminada la etapa probatoria, de esta manera, los imputados podrán ejercer su derecho a la defensa y emitir argumentos contradictorios a dicha tesis y, si es necesario, solicitar la suspensión de la audiencia por un espacio de cinco días para conseguir las pruebas necesarias y utilizarlas en el debate probatorio.

Sin embargo, desde la incorporación del artículo 285-A° del Código de Procedimientos Penales, respecto a la manera en cómo debe ser aplicada esta nueva figura procesal se observaron diferentes controversias que evidenciaban la necesidad de establecer presupuestos para el cumplimiento de la desvinculación penal, en ese sentido, se realizó el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116, el 16 de noviembre del 2007, en la cual, los vocales de las salas penales consideraron que para la aplicación de la tesis de desvinculación era necesario que se cumplan los siguientes supuestos: la homogeneidad de los bienes jurídicos protegidos, que los hechos permanecen inmutables en la desvinculación y que el derecho de defensa de los imputados sea preservado. Adicionalmente a ello, la Casación Nro. 659-2014 Puno, emitida por la sala penal permanente de la Corte Suprema de Justicia República, el 10 de mayo del 2016, incorporó

como otro de los presupuestos para la aplicación de la tesis de desvinculación la necesidad de coherencia entre los hechos facticos y la Norma al momento de que el juez realice la adecuación del tipo penal.

De esta forma, quedó establecido que cuando los jueces quieran aplicar la tesis de desvinculación, necesariamente, deben cumplir con estos presupuestos, para evitar que los errores cometidos por la fiscalía al subsumir los hechos en una calificación penal errónea afecte el debido proceso y garantías constitucionales que podrían llevar a la emisión de una sentencia condenatoria o absolutoria que no esté acorde al derecho y que luego podría ser anulada, conllevando un costo y pérdida de tiempo innecesario que el Estado debe asumir por el error cometido por la mala tipificación fiscal.

Lamentablemente, a pesar del Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014 Puno, referentes a la desvinculación, aún persisten algunas dudas que provocan que muchas sentencias que implementan esta figura sean declaradas nulas, entre ellas que no existe un criterio objetivo que permita establecer cuando los bienes jurídicos son realmente homogéneos, pues para muchos no bastaría con que se encuentran dentro del mismo Título de delitos según el Libro Segundo del Código Penal, sino que se debería tener un criterio no tan subjetivo que los jueces estarían obligados a cumplir al solicitar la desvinculación.

No cabe duda que durante el proceso penal son muchos los incidentes y errores que pueden surgir a través de los operadores del derecho, uno de los más importantes, podría ser la mala subsunción de los hechos en un tipo penal que no corresponde y que se va a manifestar en la acusación que llevará a un proceso penal, por ese motivo, la institución de la desvinculación procesal penal busca corregir este error involuntario de la fiscalía para conducir un proceso dentro de las garantías constitucionales que las partes tienen y sin la cual, el proceso debería volver a realizarse, por ese motivo, las investigaciones que busquen profundizar acerca de la desvinculación contribuyen en garantizar que los procesos se realicen dentro del marco

constitucional y no se vulneren derechos fundamentales que los ciudadanos tenemos y que el Estado debe respetar de manera incondicional.

1.2 Descripción del problema

La tesis de la desvinculación procesal es una institución útil, que el juez puede utilizar para resolver errores que la fiscalía comete al momento de imputar un delito basado en una subsunción errónea de los hechos, sin embargo, esto requiere el cumplimiento de presupuestos que permitan garantizar derechos constitucionales, entre los que están, el derecho a la defensa y al debido proceso.

En la corte Superior de Justicia de Lambayeque se ha podido advertir que existen deficiencias al momento de aplicar la desvinculación penal durante los procesos que se realizan en esta ciudad, ello ha conllevado a que los procesos muchas veces sean declarados nulos o que la desvinculación sea realizada por la Sala Superior Penal de Apelación, pues, el juzgado que debió advertir el error fiscal y comunicar la tesis de desvinculación antes de la culminación de la etapa probatoria no lo advirtió.

Entre los principales problemas que se buscan analizar en la presente investigación se tiene el establecer cuál fue el criterio que se utiliza en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque para poder considerar que dos delitos tienen bienes jurídicos homogéneos, esto, debido a que no existen estándares objetivos que permitan determinar el grado de homogeneidad de los dos bienes jurídicos protegidos que se tiene en la figura de desvinculación, es decir, el imputado por el fiscal y el que el juez pretende adecuar. Así también, la investigación pretende establecer con el análisis de sentencias que aplicaron esta figura procesal, si durante la desvinculación planteada por el juez los hechos permanecieron inmutables, es decir, tal como estuvo establecido en la imputación fiscal, lo cual es un requisito indispensable para que se lleve a cabo la desvinculación, pues, no cabría la incorporación de nuevos hechos o el desconocimiento de otros para adecuar a la tesis planteada por el juzgado.

Otro de los aspectos importantes que la investigación analizó es determinar si el derecho a la defensa de los acusados fue vulnerado, esto, debido a que la desvinculación pretende recalificar el delito imputado lo que obligaría a que en la audiencia de pruebas se permita argumentar contradicciones respecto a esta nueva tesis judicial, por lo que si ésta no se da en el momento que establece la norma, es decir, antes de que concluya el debate en la etapa de pruebas, de lo contrario, se vulneraría uno de los derechos pilares del debido proceso, lo que conllevaría a una segura nulidad de la sentencia.

Finalmente, la investigación analizó si los hechos fácticos descritos por la fiscalía, de manera coherente, fueron subsumidos por el juez cuando planteó la nueva recalificación del tipo penal en la desvinculación, de esta forma, se puede evidenciar el análisis que hace la judicatura y que evidenciaría el error cometido por la fiscalía, que, de no ser corregida, vulneraría el principio de congruencia procesal, pues, es el juez quien debe emitir sentencia en base a la acusación debatida en juicio oral.

De esta forma, la investigación busca establecer el nivel de cumplimiento de los supuestos necesarios para aplicar la desvinculación penal que se realiza en los juzgados penales del distrito judicial de Lambayeque, los resultados permitirán conocer, a profundidad, la problemática de esta figura procesal penal que es muy valiosa para evitar que los procesos se realicen con una tipificación errónea, evitando que los responsables de un hecho delictivo no sean sancionados por errores estatales.

1.3 Formulación del problema

1.3.1 Problema general

¿Cuál es el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?

1.3.2 Problemas específicos

a. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?

b. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?

c. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?

d. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?

1.4 Antecedentes

Martínez (2019) en la investigación titulada: *Supuestos para la aplicación de la desvinculación procesal en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*; presentada en la Universidad Nacional de Trujillo, la investigación se realizó levantando información de nueve sentencias que fueron emitidas a través del primer juzgado penal colegiado Supra provisional de Trujillo y de una sentencia emitida por el octavo juzgado penal colegiado Supra provincial de Trujillo sobre la forma en cómo fueron aplicadas la vinculación procesal y si éste era considerable con las circunstancias modificativas que tenía la responsabilidad penal, asimismo, se analizaron los proyectos de ley y leyes sobre la desvinculación procesal en legislaciones internacionales y nacionales. La investigación utiliza la técnica de observación y análisis documental y el método que usó la investigación fue el de

inductivo-deductivo y el de análisis-síntesis, así como el hermenéutico- exegético. La investigación concluyó que la desvinculación procesal se ajustaba a las circunstancias modificativas en responsabilidad penal, pues, se cumplieron los supuestos necesarios, los que son, aplicarlo cuando se encuentra una incorrecta calificación jurídica, cuando se presenta una incorrecta interpretación jurídica de los hechos o discrepancias entre la interpretación jurídica de los hechos. También, se encontró que la desvinculación procesal tenía mayor incidencia en las sentencias emitidas entre los años 2016-2017 por el delito de hurto agravado. El supuesto que se encontró con mayor incidencia para poder aplicar la desvinculación procesal fue el de la incorrecta interpretación jurídica de los hechos, pues, como se puede analizar, la desvinculación procesal aplicada tenía en común que el Ministerio Público no había manifestado claramente la acreditación de los hechos y no tuvo la capacidad de subsumirlos jurídicamente debido a que las pruebas recaudadas no concordaban con la realidad. Respecto a los cuerpos normativos de otros países, se halló que, en Chile, Argentina, Costa Rica, Venezuela, República Dominicana, Ecuador y Honduras se regula la desvinculación procesal garantizando un mejor proceso y una mejor protección al acusado.

Serrano (2019) en su investigación titulada: *Desvinculación procesal, camino de regreso al modelo inquisitivo o institución justificada excepcionalmente*; presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima. La investigación considera que la Constitución de 1979 otorgó una función de persecución del delito al Ministerio Público realizando cambios sustanciales respecto a la dirección de la investigación que antes era llevada por el juez, de esta manera, la norma constitucional resaltaba la independencia de funciones en el proceso penal, por lo que actualmente se plantea una necesidad de establecer si la injerencia judicial en la acusación fiscal para la desvinculación procesal es una injerencia a las funciones establecidas en la Constitución que encargaba a la fiscalía este fin. De acuerdo a la investigación, esta intromisión se sustenta en posiciones jurisprudenciales que, de manera

positiva, justifican la aplicación respetando el derecho de defensa de cada ciudadano. El proceso que se desarrolla en igualdad de armas y, además, la nueva imputación se puede someter a un contradictorio. La investigación concluye que la aplicación excepcional de la desvinculación busca lograr la igualdad, sin embargo, las justificaciones para hacerlo evidencia posturas que se contraponen, pues, para algunos es una clara afrenta a los principios procesales que se establecen en los modelos actuales. Los datos recolectados permiten establecer que la desvinculación procesal sí es justificada cuando se rompe el principio acusatorio, pero, vulnerando la independencia de Ministerio Público y la existencia de una relación simétrica entre las partes, es decir, cuando existe una imputación fiscal basada en una falla, negligencia o error lo que afectaría directamente a la víctima, por lo que es necesario realizar un viraje para poder establecer la simetría en el proceso penal, pues, también existe el principio de que todos tenemos el derecho a acceder a la justicia, lo cual evidencia la importancia de resarcir el daño a la víctima por lo que la intromisión al Ministerio Público es justificada.

Pari (2019) en su investigación titulada: *Análisis de expediente judicial N°4424-2015*; Presentada en la Universidad Católica de Santa María en Arequipa. La investigación analizó los hechos que se suscitaron el 14 de marzo del año 2014 y que se observan en el Expediente Nro. 04424-2015 en el cual, en segunda instancia, se expide una sentencia que se desvinculó penalmente el delito que se imputó inicialmente. Respecto a la desvinculación procesal. De acuerdo a la investigación, el Ministerio Público es quien debe precisar el hecho punible que se le imputa a un procesado, analizando las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y subsumiéndola al tipo penal, por consiguiente, el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal. En cuanto a la excepción, es posible la recalificación del tipo penal, utilizando la figura de la desvinculación penal, tomando como base el Acuerdo Plenario 4-2017/CJ-116 que establece que para su aplicación es necesario que el bien jurídico sea homogéneo, que los hechos y pruebas sean inmutables, que se preserve el derecho de defensa y que exista

coherencia entre los hechos facticos y normativos para adecuar al tipo y de existencia de favorabilidad

Robles (2018) en su investigación titulada: *El momento para plantear la desvinculación procesal: una interpretación desde el principio de preclusión de la actividad probatoria en el juicio oral*. Publicada en la *Gaceta Penal, Procesal y penal*. De acuerdo a la publicación, en el proceso penal se enmarca dos pretensiones: una penal y otra civil. Enfocándose en el aspecto penal del proceso, este es una imputación que realiza el fiscal y que durante la investigación preparatoria se va determinando la extensión fáctica probatoria y jurídica de los hechos. La acusación fiscal busca definir los elementos esenciales de acuerdo al principio de imputación. La acusación se somete a contradicción sustantiva y probatoria, de tal forma, que se consigue un auto de enjuiciamiento que será el objeto del juicio oral. La existencia de congruencia entre la acusación y la sentencia es un aspecto cualitativo, que surge si el juzgador acredita que hay hechos que no han sido considerados en la acusación o si, por el contrario, modifica la calificación cumpliendo los requisitos establecidos para desvincularse procesalmente. Entre los requisitos para la desvinculación están que el bien jurídico sea homogéneo, que los hechos sean inmutables, que se preserve el derecho de defensa y que exista coherencia normativa y fáctica. Cuando se culmina la actividad probatoria se interpreta la prueba aportada en el debate, por lo que es posible plantear la institución de desvinculación procesal. Según el autor, si un juez plantea la tesis de desvinculación procesal cuando la actividad probatoria ha concluido, es decir, ya se agotaron las actuaciones de medios de prueba que propusieron las partes, esta desvinculación afectaría los principios de legalidad y el debido proceso.

Guerrero y Zamora (2018) en su investigación titulada: *La desvinculación de la acusación fiscal y su vulneración al debido proceso y al principio al juez imparcial*; presentada en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca. La investigación se realizó utilizando el método dogmático, jurídico y hermenéutico, debido a que se recopiló información

jurídica. El diseño de la investigación fue no experimental, transversal de teoría no fundamentada, pues, las variables no fueron manipuladas. Se utilizó instrumentos de recolección documental entrevistando a magistrados de la Corte Suprema y Magistrados especialistas. La investigación concluyó que cuando se aplica la desvinculación de la acusación fiscal, se está atentando contra las atribuciones y facultades que tiene el Ministerio Público, debido a que éste tiene autonomía constitucional, el poder de dirigir la investigación y es el titular de la acción penal, de esta forma, es la institución que liga el derecho a los hechos y subsume el delito. Debido a que la desvinculación de la acusación fiscal acorta el plazo para ejercer contradicción, es que también vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y establecido por ley. En ese sentido, los juzgados deben alejarse de manera definitiva en realizar investigación y en marcarse solo en su función, dirigiendo la etapa procesal, ser el garante de los derechos fundamentales y dejando la tarea de acusación al Ministerio Público.

Hanco (2018) en su investigación titulada: *Desarrollo jurisprudencial de la aplicación de la desvinculación jurídica y la infracción del principio acusatorio en el marco del artículo 374:1 del Código Procesal Penal*; Presentada en la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. La investigación se desarrolló dentro del enfoque cualitativo a través de un estudio descriptivo inductivo e interpretativo analizando tres ejes la dirección jurídica enmarcada en la jurisprudencia del Perú la infracción al principio acusatorio que pueden realizarse por la aplicación de la desvinculación jurídica y cuáles son los criterios para aplicar la desvinculación jurídica respetando las garantías procesales. Un diseño dogmático a través del estudio del caso enfocándose en un plano teórico que es el análisis jurisprudencial doctrinario y legislativo de la vinculación jurídica y del otro a través de un plano fáctico analizando la casación Walter Anduviri caso Aymarazo. La investigación concluyó que la aplicación y desarrollo de la desvinculación ocasiona serios problemas en los procesos penales sobre todo porque actualmente la doctrina aún no tiene uniformes criterios sobre la viabilidad de su aplicación

dentro del modelo acusatorio garantista que se viene desarrollando, es más se debate su inconstitucionalidad. En este modelo resulta necesario plantear criterios para su aplicación respetando las garantías procesales. Asimismo, concluye que a nivel jurisprudencial existe mucha variación y contradicción entre la jurisprudencia encontrada a nivel nacional pues de las 14 analizadas existían muchos puntos controvertidos.

Quiroz (2017) en su investigación titulada: *Hacia la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal*; presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima. La investigación se enfocó desde la perspectiva garantista-eficaz, pues, el proceso penal debe estar enmarcado en el modelo de un estado constitucional de derecho. Así, la investigación buscó establecer las causas que justifican constitucionalmente la vinculación en los procesos penales, por ello, se analizó la Constitución para encontrar los argumentos que justifiquen esa institución sobre la base de que el hecho ilícito no debe quedar impune, no se realice la reparación a la víctima de los daños y no se sancione al culpable. Se evidenció que los procesos se desvinculan cuando no se logra atribuir el tipo penal de la acusación, así también la investigación buscó saber si constitucionalmente se justificaba a través del argumento fáctico de la no impunidad del hecho ilícito, de la reparación del daño y la no satisfacción y que a un imputado se le atribuya otras pretensiones que se marcan en otras figuras penales diferentes, pero con el mismo bien jurídico protegido. La investigación concluyó que el Estado peruano es un Estado de derecho regido por la Constitución Política del año 1993 y, por consiguiente, su obligación principal es la protección y respeto de los derechos fundamentales, es así, que está obligado a proteger las garantías procesales de los imputados y exigírselas a los operadores fiscales y judiciales, en tal sentido, no habría justificación constitucional para establecer la figura de desvinculación en el modelo Procesal Penal actual, pues, contraviene las garantías y derechos procesales de los imputados. A nivel doctrinal no hay uniformidad respecto a la figura de desvinculación, pues, existe la postura de

que es necesaria debido a la finalidad del proceso penal que es la no impunidad del hecho y, por otro, que los errores del órgano acusador no pueden afectar al procesado, en ese sentido, es injusto condenar a alguien cuando la imputación no se realizó adecuadamente por las deficiencias de la investigación fiscal.

Fernández y Vásquez (2016) en su investigación titulada: *Causas de índole jurídica y social, que provocan que los jueces penales se desvinculen de la acusación fiscal, en el Distrito Judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015*. Presentada en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca. La investigación se basó en el enfoque cualitativo analizando casos del juzgado unipersonal de Cajamarca, describiendo las causas que motivaron a que los jueces unipersonales se desvinculen de la acusación fiscal. El nivel de la investigación es descriptivo y el diseño transversal, con una unidad de análisis constituida por las sentencias emitidas por los jueces unipersonales de los colegiados de la Corte de Justicia de Cajamarca, así como las 969 sentencias de los juzgados unipersonales y las 225 de los colegiados. La investigación concluyó que la principal causa para que se realice la desvinculación de la acusación fiscal era que los magistrados fiscales actuaban de manera incorrecta, lo que generaba inconvenientes para aplicar el derecho y que deberían ser resueltos a través de la figura de la desvinculación, asimismo, también se estableció que existe una indebida actuación técnica por parte de la fiscalía cuando se elaboraba la acusación, lo que obligaba a que los magistrados acudan a la desvinculación penal. Referente al ámbito sustantivo, se estableció que se buscaba la correcta subsunción de los hechos que se pueden acreditar a través de los medios probatorios finalmente, se pudo conocer que la causa social no estaba relacionada a la desvinculación de la acusación fiscal en los jueces penales de Cajamarca.

Ccalla (2011) en su investigación titulada: *El principio de desvinculación contraviene los principios acusatorio e imparcialidad en el proceso penal peruano*; la investigación se realizó en la ciudad de Tacna y fue presentada en la Universidad Nacional del Altiplano en

Puno que concluye que la Constitución Política peruana le asignó la investigación del delito al Ministerio Público, colisionando el Decreto Legislativo Nro. Nro. 124 en los procesos sumarios y el Código de Procedimientos Penales de aquel entonces y ordenaba que el juez deje de ser el investigador. Posteriormente, según Decreto Legislativo Nro. Nro. 957 se definen los roles que cada sujeto procesal debe realizar, de tal forma que el Ministerio Público se encarga de investigar, acusar y sobreseer un proceso penal. Cómo se puede constatar en el expediente Nro. 2005-2006/TC el tribunal Constitucional reconoce que el Ministerio Público tienen el papel monopólico para la realización de la acción penal y de la acusación, mientras que los jueces, amparados por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales podían desvincularse de la caución fiscal, de esta manera, la investigación pudo establecer que de 93 sentencias absolutorias y condenatorias realizadas en el 2008 el 5% de sentencias evidencian que el juez buscó ayudar al representante de la fiscalía y asumir su rol al establecer la subsunción de los hechos para configurar el tipo penal.

Escobar (2009) en su investigación titulada: *Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales*; publicada en la revista Oficial del Poder Judicial. La investigación establece que cuando se determina un hecho punible, este debe ser perseguido penalmente y debe limitarse, solamente, a describir fácticamente los hechos, esto, debido a que la acusación no dispone sobre la calificación jurídica, en ese sentido, subsumir un hecho a una figura típica puede ser modificada cuando se emite el auto de apertura de instrucción, el auto de enjuiciamiento y al emitir la sentencia condenatoria gracias a la institución de desvinculación. Para el desarrollo de esta figura es necesario el respeto irrestricto de los requisitos de homogeneidad que tiene el bien jurídico tutelado, se considere la inmutabilidad de los hechos la prueba, en todo el proceso, se haya tenido el derecho a la defensa y se hayan observado, de manera coherente, los elementos fácticos y normativos. De acuerdo a la

publicación, los juzgadores en todas las etapas del proceso pueden plantear la desvinculación a través de la subsunción penal, lo cual es una operación mental, a través del cual, se adecua de manera valorativa la conducta tipo que es realizada por un intérprete que es el juez, quien debe verificar y constatar la concordancia que se realiza entre el comportamiento investigado y la descripción típica que se ha establecido en la Norma. También es necesario considerar que la norma debe ser válida, vigente y material, de esta forma, la variación de la calificación jurídica es responsabilidad del Juez en el juicio de tipicidad y tiene como fuente los hechos inmutables que son el sustento fáctico, que son imposibles de modificar a diferencia de la formalización de la denuncia.

1.5 Justificación de la investigación

Todo Estado de derecho tiene como uno de los principales derechos fundamentales la realización de un debido proceso, que se enmarque dentro de las garantías constitucionales y que permitan llevar un proceso que garantice la imparcialidad de las decisiones judiciales. En ese sentido, esta investigación se justifica por cuanto analiza la aplicación de una de las figuras que los jueces tienen a su disposición, para corregir errores que la fiscalía comete cuando subsume los hechos imputados, calificándolos de manera errónea en un tipo penal que no corresponde.

De esta forma, se busca conocer a profundidad la problemática de la desvinculación penal en la Distrito judicial de Lambayeque, lo que permitirá saber cuáles son los supuestos que no se están cumpliendo y que ayudarán a plantear soluciones que resuelvan la falta de uniformidad en criterios para la aplicación de presupuestos.

Los datos recolectados no sólo servirán para la ciudad de Lambayeque, sino que podrían utilizarse en todo el Perú, pues, se ha podido advertir, a través del análisis de otras investigaciones, que a nivel nacional muchas sentencias son declaradas nulas por la mala

implementación de la tesis de desvinculación, que es una figura muy importante para el desarrollo del debido proceso.

1.6 Limitaciones de la investigación

La investigación no tuvo limitaciones que afecten el levantamiento de datos.

1.7 Objetivos de la investigación

1.7.1 Objetivo general

Establecer el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

1.7.2 Objetivos específicos

a. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

b. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

c. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

d. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

1.8 Hipótesis de la investigación

1.8.1 Hipótesis general

Es bajo el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

1.8.2 Hipótesis específicas

a. Es bajo el nivel de cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

b. Es bajo el nivel de cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

c. Es bajo el nivel de cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

d. Es bajo el nivel de cumplimiento del supuesto de la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 Marco Conceptual

2.2.1 La desvinculación penal

En términos generales, puede decirse que la desvinculación es la facultad que tiene el juez de calificar nuevamente los hechos fácticos para subsumirlos dentro de un tipo penal diferente al que sostiene la fiscalía a través de la acusación y que busca trasladarlo al imputado para que ejerza su derecho de defensa con el objeto tener una adecuada correlación entre la sentencia y la acusación (Deu, 1998).

En el Perú, esta figura fue introducida a través del Decreto Legislativo Nro. 959 publicado en el Diario oficial El Peruano, el 17 de agosto del 2004, durante el gobierno de Alejandro Toledo, a través del cual se incorporó el artículo 285-A al Código de Procedimientos Penales (Ley Nro. 9024, publicada el 16 de enero de 1940 durante el gobierno del General de División Oscar Benavides). El artículo establece, en el inciso 2, que la condena contenida en la sentencia no puede modificar la forma en cómo se calificó jurídicamente al hecho y fue objeto de acusación, sin embargo, se estableció que, si existiese esta posibilidad, la sala debe comunicársela previamente al acusado para que se tenga la oportunidad de defenderse, limitando esta facultad a que la nueva calificación no exceda la competencia judicial.

Con la publicación del Nuevo Código Procesal Penal a través del Decreto Legislativo Nro. 957, publicado en el Diario oficial El Peruano, el 29 de julio del 2004, la figura de desvinculación se trasladó al artículo 374° que, en el inciso primero, establece que si durante el juicio y antes de que culmine la actividad probatoria, el juez penal llegara a observar la posibilidad de que exista una calificación jurídica de los hechos fácticos que han sido materia del debate y que no han sido considerados por el Ministerio Público, entonces éste debe advertir al representante de la fiscalía y al procesado sobre la posibilidad de la aplicación de la tesis de desvinculación, posteriormente, las partes podrán pronunciarse de manera expresa sobre la tesis

que plantea el juez penal y, en todo caso, tendrán la oportunidad de presentar la prueba que corresponde. Si las partes consideran que no están preparados para pronunciarse, se debe suspender juicio por un máximo de 5 días para que se exponga la conveniente de la forma más oportuna.

Uno de los fundamentos de la aplicación de la tesis de la desvinculación en el proceso penal es el principio de *iura novit curia* “el tribunal conoce la ley”. Desde el aspecto filosófico jurídico se considera que las decisiones que tomen los jueces deben proteger los derechos, por lo que son un pilar importante en el orden jurídico y la administración adecuada de justicia. De esta forma, el juez es el llamado a garantizar los derechos humanos en la Constitución y ha sido reflejado con el aforismo *iura novit curia*, otorgando el poder al juez para decidir sobre procesos particulares en el que reconozca los derechos que surjan de los hechos, con la posibilidad de apartarse de la primera calificación realizada por el demandante cuando la considera incorrecta (Castro, 2018).

Así, gracias al principio *iura novit curia*, el juez aplica el derecho que corresponde, prescindiendo de lo que las partes invocan y teniendo como un deber la prerrogativa de determinar, de manera correcta, el derecho y discernir en los conflictos judiciales dirimiendo de acuerdo a la norma vigente, calificando los hechos y subsumiéndolos en la norma que corresponde (Castro, 2018).

Sin embargo, a pesar del principio de *iura novit curia* existen posturas que contravienen esa intromisión judicial a la acusación fiscal y éstas tienen su origen en la Constitución de 1993, que el artículo 59° establece que corresponde al Ministerio Público conducir, desde el inicio la investigación de un delito, los hechos que colisionan directamente con el Código de Procedimientos Penales, el cual, recién se ha alineado a la Constitución con la incorporación del artículo 285° a al Código de Procedimientos Penales y, luego, el artículo 374°, inciso 1, del código Procesal Penal.

Para entender mejor la figura de desvinculación procesal penal se deben establecer algunos conceptos necesarios con la que guarda relación. Estos son el objeto procesal penal, la pretensión punitiva, el objeto del debate y la acusación fiscal.

a. El objeto del proceso penal

El sistema procesal es un conjunto de reglas y principios que buscan regir el ordenamiento jurídico para la resolución de conflictos y que es establecido por cada Estado en relación a la Constitución que la dirige. Los sistemas procesales son el acusatorio, inquisitivo, mixto y adversarial (Oré, 2019).

— El sistema acusatorio se basa en la importancia que se le brinda al individuo mientras que se le otorga al Estado un carácter neutral, de tal forma, que el proceso penal se realiza respetando la división de funciones que recae en el juzgador quién se encarga de resolver la acusación.

— El sistema inquisitivo reconoce la supremacía estatal asignando un valor a la persona humana, de tal forma, que la condena de un procesado se realizaba únicamente en función a su confesión, la cual era obtenida por la tortura, golpes, castigos y un sistema de detención sin la consideración de derechos fundamentales.

— El sistema mixto es considerado como el resurgimiento y reforma del sistema acusatorio, que trajo consigo que el proceso se desdoblara en la instrucción, la cual era escrito y reservada y, por otro lado, la contradicción y el juzgamiento oral, el cual se hacía de forma pública.

— El sistema adversarial es aquel en el que la confrontación de pruebas y argumentos, así como el descargo de las partes del proceso, es lo que más predomina para poder establecer quién tiene la razón. En este sistema se recibe un tercero que es el juez a través de la valoración de pruebas y el resultado de quién sustenta mejor su posición.

En el Perú, el sistema que se ha adoptado es el acusatorio, que evita que el Estado tenga intromisión en las decisiones que toma los juzgadores.

El proceso penal, nueva forma cómo se resuelven los conflictos se genera a partir de la comisión de delitos, de esta forma, se solucionan en función a los intereses de las partes que intervienen Constitucionalmente, se encuentra respaldado en el artículo 139°, numeral 10, que considera que es un principio y un derecho de la función jurisdiccional el no recibir pena sin un proceso judicial (Flores, 2016).

Desde esta perspectiva, el objeto del proceso se entiende como el *thema decidendi*, es decir, la “cuestión a resolverse” y que se realizará a través de una sentencia emitida luego del proceso penal por un órgano jurisdiccional. (Flores, 2016).

Es así, que la comisión de delitos origina acciones penales para sancionar y reparar civilmente el daño, de esta forma, un proceso penal busca una pretensión penal y, en segunda instancia, una protección civil.

La primera, es la manifestación que hace el fiscal ante el órgano jurisdiccional sobre los hechos imputados a un acusado y pidiendo para este una pena expresada en una sentencia condenatoria, mientras que la protección civil regulada en el artículo 92° al 101° del Código Penal busca reparar el daño civilmente causado conjuntamente con la pena.

Por ello, el Ministerio Público busca Investigar los hechos para establecer si estos han transgredido la norma vigente, por ese motivo, deben ser confrontados con la ley y subsumirlos en una pretensión punitiva.

Una vez conocido el hecho punible, este debe ser afirmado por el fiscal, quien hace la vez de acusador y ésta es la pretensión penal que debería sostenerse durante el proceso que se lleva a cabo, de tal forma, que la calificación jurídica devendría en la subsunción de los hechos, en una figura típica sobre la cual el fiscal debe pasar a la acusación. Esta calificación no es inmutable y puede variar durante el proceso obedeciendo al principio de congruencia penal que

busca que la sentencia y acusación mantengan el mismo hecho, el cual es el objeto del proceso (Escobar, 2009).

Según Escobar (2019), el objeto del proceso, es decir, el hecho punible debe tener los siguientes requisitos constitutivos:

— Los hechos deben ser inmutables, es decir de manera progresiva debe ir definiéndose el hecho a través del desarrollo de la instrucción y, el cual, permanecerá durante todo el proceso.

— Los hechos son indivisibles, es decir, que los hechos que son parte del objeto del proceso penal, así como todas las circunstancias y cualquier acto que la comprenda, deben enmarcarse en una sola imputación, tanto de las circunstancias como de los actos para cometer la indisponibilidad, es decir, durante el proceso los hechos no quedan a disposición de los sujetos del proceso, de tal forma, que ellos se mantienen incólumes.

b. La pretensión punitiva

La acción penal es considerada un derecho subjetivo público, que se ejerce a través del Ministerio Público en representación del Estado, quien está a cargo de perseguir los delitos tipificados en la Norma del país. Ese derecho subjetivo se condiciona a que se cumplan diversos requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico penal el cual se inicia con la presencia de una *noticia criminis*. El ordenamiento jurídico peruano de naturaleza acusatorio es dirigido por el juez, quien tiene la pretensión penal como contenido de esa acción procesal. La pretensión penal o pretensión punitiva busca imponer a un individuo una pena o algún tipo de medida de seguridad, ya sea como autor, cómplice o coautor sobre algún hecho que ha sido tipificado en la norma como delito. La pretensión punitiva es defendida por el Ministerio Público quién a lo largo del proceso exige el castigo a un individuo, no sólo con respecto al hecho que cometió sino también para prevenir que este cometa nuevos delitos que afecten a otros individuos (Vacani, 2007).

Desde otra perspectiva, la pretensión punitiva también se considera como una solicitud que realiza la fiscalía respecto a la pronunciación judicial sobre la condena que debe recaer en un sujeto que ha sido reconocido como autor de un delito y, así, la pretensión punitiva se asemeja a la posibilidad de una acción que se concreta de manera procesal con la acusación y que tiene como fuente el derecho sustantivo, es decir, con el ejercicio de esta pretensión se busca una medida en concreto que es una pena (Vacani, 2007).

Existe confusiones, en algunos casos, respecto a la acción punitiva y la pretensión punitiva, pues, la pretensión punitiva debe considerarse sólo como el contenido posible de la acción solicitada por el Ministerio Público, la cual, busca únicamente el pronunciamiento jurisdiccional en torno al requerimiento que se hace por un hecho previsto y tipificado en la legislación penal, mientras que la acción punitiva es una institución jurídica que invoca la condición de jurisdicción, de esta forma, la acción penal tiene como objeto la propuesta de una pretensión punitiva que surge de la comisión de un delito y que el juez debe reconocer o no (Vacani, 2007).

De esta forma, de acuerdo al Código Procesal Penal que se promulgó en el 2004 y que realizó el cambio del modelo inquisitivo al acusatorio, pero con rasgos adversativos establece cómo deben estar distribuidos los roles en el proceso penal, de esta forma, el fiscal se encarga de ejercer la acción penal, denunciar, acusar investigar, estar bajo la responsabilidad de la carga de la prueba y proponiendo la pretensión punitiva. El defensor es el encargado, entonces, de oponerse a esta pretensión punitiva que ha sido demandada por el fiscal, buscando pruebas de la inocencia de su patrocinado para absolverlo de una pena o reducirla cuando su patrocinado ha reconocido los hechos que se le atribuyen, buscando de esta forma, una alternativa para la solución de su conflicto y, por otro lado, es al juez a quién le corresponde decidir si la pretensión punitiva debe ser confirmada o no (Oré y Loza, 2016).

Se entiende entonces que es el Ministerio Público quien tiene a su cargo la pretensión punitiva, la cual es relevante porque vendría a ser la atribución de un derecho del Estado a través de un sujeto que es el fiscal que invoca, de manera concreta, al poder judicial para que se haga efectiva una tutela de jurídica a través del establecimiento de una pena. La pretensión punitiva, es entonces, el ejercicio de la acción penal. La pretensión Procesal Penal es todo acto de voluntad, a través del cual, un funcionario público o el Estado solicita la sanción o las medidas de seguridad para un imputado (Gómez, 2015).

Para muchos, la pretensión punitiva es considerada no como una pretensión, esto debido a que no la enmarcan como una pretensión procesal, pues, una pretensión procesal es un acto jurídico, a través del cual, se ejerce un derecho subjetivo. De esta forma, una pretensión procesal afirma un derecho subjetivo que busca ser tutelado jurídicamente, por lo tanto, es una aspiración que necesita ser materializada. La pretensión procesal es la auto atribución de un derecho que un sujeto invoca, solicitando concretamente, bajo la tutela jurídica, que se haga efectiva, por consiguiente, la pretensión punitiva no podría circunscribirse al derecho subjetivo, por cuanto el derecho de la pretensión punitiva de Ministerio Público no es una auto atribución, sino una que surge obligada por el Estado para que la fiscalía busque tutela cuando un derecho se vea vulnerado (Gómez, 2015).

Finalmente, de esta forma, la pretensión punitiva o la solicitud de condena que se busca de la judicatura, si bien es realizada por un fiscal a nombre de Ministerio Público y este del Estado, no lo convierte en titular de este derecho, pues, no deben partir de un derecho subjetivo sino a través de una delimitación que ha venido impuesta a través de la Ley, que lo obliga a perseguir los actos delictivos exponiendo su pedido en una acusación escrita, la cual, debe ser puesta de conocimiento del acusado para que esté haga uso de su derecho de defensa (Escobar, 2009).

c. El objeto del debate

Si bien el objeto del proceso es la pretensión, es decir, la cuestión a resolverse, hay que diferenciarlo del objeto del debate, el cual, son los argumentos expresados por el acusado utilizando, para ello, el derecho a la defensa de la publicidad de estar informado respecto a la acusación y los cargos los hechos, la calificación jurídica que realiza el Ministerio Público y la pena que solicita la fiscalía para él. De esta forma, en el proceso se empieza a debatir, primero, respecto a la comisión de los actos y los medios que la prueban y si esto configura un delito que debería tener una pena según la acusación o el requerimiento realizado por el fiscal (Escobar, 2009).

Es así que, ante la acusación del Ministerio Público, expresada por el fiscal y los argumentos de defensa del imputado, se establece una controversia que deberá ser debatida en el proceso debido a que se ha manifestado una resistencia interpuesta por el imputado contraviniendo lo afirmado por el fiscal. Ello, en el caso de que el imputado no acepte los cargos, pero si, por el contrario, decide aceptarlos se entiende que el objeto del debate tampoco existiría. La oposición obliga, entonces, a una discusión en debate para probar tanto lo expresado por el fiscal como por el imputado (Pérez, 2016).

El objeto del debate está integrado por un elemento nuclear, el cual lo constituye el hecho procesalmente relevante, así como por los demás objetos de prueba que fundamentan cada una de las formulaciones que sustentan el hecho y, que permiten, fundamentar las consecuencias que han ocasionado, desde la perspectiva del derecho, las acciones que han sido planteadas en la pretensión punitiva. De esta forma, se logra una relación dialéctica en la que participan el hecho, que es el objeto de la prueba, con las consecuencias jurídicas, las que serán el contenido que se observa en el objeto del debate y las cuales se podrán expresar a través de la práctica de pruebas, los informes que realicen las partes y la respectiva y adecuada valoración que el órgano juzgador haga de ellas. Es importante tener en cuenta que, cuando se debaten los

objetos de prueba, se deben demostrar los elementos fácticos, de tal manera, que queden probados y puedan justificar las consecuencias jurídicas que conllevan (Ortega, 2015).

d. La acusación fiscal.

La acusación fiscal puede entenderse como aquella solicitud debidamente fundamentada, que es realizada por el Ministerio Público, a través del fiscal a una autoridad jurisdiccional, por la cual se solicita que un caso investigado por un hecho delictivo pase a juicio oral. La acusación debe contener los hechos delictivos que son materia de investigación y la responsabilidad penal que tiene un imputado. Estos hechos podrán ser acreditados a través del juicio oral dándole la oportunidad al investigado de contradecir las pruebas presentadas (Salinas, 2014).

La acusación es, entonces, la petición que se realiza a un juez, en este caso, el juez de la investigación preparatoria, solicitándole la continuidad del proceso penal y pasar a la etapa de juicio oral para probar la culpabilidad del imputado. Con la acusación se inicia la etapa de apertura de un juicio si es que es aceptada por hechos tipificados cometidos por un individuo identificado, prometiendo en ella, que los hechos podrán ser probados en juicio a través de pruebas de cargo que se han actuado en la investigación preparatoria (Rodríguez, 2017).

El ministerio Público está facultado por ley para solicitar que una persona sea procesada. Para ello, desarrolla en la acusación los elementos indispensables para que sea aceptada, entre ellas, que el acusado sea individualizado, que contenga el hecho imputado, que se haya realizado la tipificación de los hechos, que se detallen los medios de prueba realizados y los que se actuarán durante el proceso en juicio oral, así como la solicitud de pena y de la reparación civil (San Martín, 2014).

Según la Casación Nro. 247-2018/Ancash (2018) la Corte Suprema, estableció los tres requisitos necesarios que debe contener la acusación para ser admitida. Estas son:

— Narración de los hechos en términos que no sean, de ninguna forma, indeterminados o vagos, esto es, que debe relatar el hecho, de tal forma, como lo haría un observador imparcial, describiendo las circunstancias en las que ocurrieron en cuanto al lugar, el tiempo y el modo a través de una perspectiva concreta según las posibilidades que se tenga.

— La acusación debe precisarse, de forma determinada o específica, con los suficientes niveles razonables de concreción y de la forma más comprensiblemente posible el hecho sobre el cual se pretende una pena, es decir, la acusación fiscal se debe establecer de tal forma que el acusado pueda comprenderlos y diseñar sus argumentos defensivos para contradecirla.

— Cuando, existan varios imputados, la acusación fiscal debe establecer cuál fue el papel que desempeñó cada uno; sin embargo, teniendo en cuenta que muchas veces eso no es posible, por lo menos es necesario hacer referencia a la actuación en conjunto del hecho delictivo por lo que debe hacer referencia al carácter de coautor en este tipo de casos.

2.2.2 Elementos de la desvinculación penal

El 16 de noviembre del 2007, en Lima, la Corte Suprema de Justicia de la república a través del pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias emitió el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ 116, que debatía la desvinculación procesal y los alcances que tenía el artículo 285-A que había sido incorporado al Código de Procedimientos Penales en el año 2004.

El análisis de la Corte Suprema, es decir, el análisis de los vocales de las salas permanentes y transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República establecieron que, de acuerdo al artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, inciso 2, el fiscal es el encargado de emitir la acusación a través de un escrito en el cual se debe escribir la acción o, en su caso, la omisión punible así como las circunstancias en las que se basa la responsabilidad del imputado; sin embargo, esto no significa que el hecho que ha sido descrito en la acusación escrita pueda quedar inalterado, esto es, y de acuerdo al artículo 263° del Código Procesal

Penal, es el fiscal quien está autorizado para prorrogar o solicitar al tribunal una prórroga y, de esta forma, realizar acusaciones complementarias cuando existen aspectos secundarios que deben ser incorporados a los hechos que construirían agravantes o puedan variar de manera no sustancial las circunstancias del hecho (Acuerdo plenario Nro 4-2007/CJ-116, 2007).

De esta forma, de acuerdo a los vocales supremos, el principio de correlación que debe existir entre la sentencia y acusación exige que los tribunales se pronuncien respecto a las acciones u omisiones punibles que han sido descritas en la acusación con el carácter de obligatorio; de esta forma, se debe hacer una comparación para establecer la conveniencia procesal entre la acusación oral, la cual es el instrumento procesal de acusación verdadera y la resolución del juez, que debe emitir, en la sentencia, si se declaran probados los hechos, si están subsumidos adecuadamente en una calificación jurídica y la sanción penal según corresponda.

El Artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales, según los vocales supremos, que fue introducido por el Decreto Legislativo Nro. 2004, establece que el tribunal tiene la capacidad de realizar una acusación complementaria sin que esto signifique sobrepasar los hechos jurídicamente relevantes descritos en la acusación.

Como se sabe, el objeto del proceso penal, es decir, el hecho punible, lo delimita la fiscalía, de tal forma, que desarrolla un principio acusatorio y de contradicción, gracias al cual, las partes se pueden pronunciar respecto a las pruebas haciendo una resistencia para hacer valer los derechos del acusado que se conoce como objeto del debate. De esta forma, los hechos punibles llegan a ser delimitados en los juicios orales a través del fiscal, contradicho por el acusado y tomado en cuenta por el juez al momento de emitir sentencia.

Ya en el debate, el juez, puede apreciar las circunstancias que otorgarían un diferente grado de participación delictiva de los acusados o si las acciones desplegadas se subsumirían dentro de la figura típica establecida por el fiscal lo que constituirían delito, por lo que es necesario aplicar la norma correspondiente en caso la acusación haya pedido, por error, una

distinta. Así, la calificación jurídica de los hechos, materia del proceso, se ajustarían a la acusación permitiendo que esta modificación sea contradicha teniendo en cuenta el objeto del debate.

Los vocales supremos también concuerdan que los hechos punibles que sean investigados son inmutables, por lo que el tribunal, con el objeto de no vulnerar el principio de contradicción y el respectivo derecho a la defensa, está en la obligación de introducir la tesis de desvinculación durante el debate, la cual, modificaría la responsabilidad penal establecida en la acusación y que podría aumentar o no la punibilidad al cambiar naturaleza jurídica del hecho.

Estas circunstancias modificativas surgen a partir de elementos fácticos accidentales que pueden fundamentar lo injusto o la culpabilidad y que, tienen como objeto, determinar con claridad la conducta de los participantes y precisar la responsabilidad penal de cada uno de ellos al momento de imponer una pena.

Para ello, es necesario que el tribunal plantee la tesis de desvinculación concediendo la oportunidad a las partes de pronunciarse y ofrecer nuevos medios de prueba, de tal forma, que no se vulnere el derecho a la defensa. Por ello, la desvinculación debe cumplir los requisitos necesarios que sustenten la nueva tipificación y plantear la tesis de manera expresa, dando oportunidad al desarrollo de una nueva estrategia de defensa.

El 26 de abril de 2017, el Tribunal Constitucional peruano emitió la sentencia sobre el Expediente Nro 1798-2016-PHC/TC interpuesto por Erasmo César Quispe Yauri a favor de Ore Aguirre que buscaba revocar la resolución del 2 de octubre del 2015, emitida por la segunda sala penal de reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. En los fundamentos de la sentencia se establece que debe existir el principio de congruencia o correlación entre lo condenado y lo acusado, siendo este un límite al órgano jurisdiccional para resolver, pues garantiza que exista una calificación jurídica realizada dentro del marco del

proceso penal y que esta se respete cuando se emite la sentencia. De esta forma, el juez se encuentra facultado para apartarse de la acusación fiscal respetando los hechos que han sido materia de acusación y sin que esto cambie el bien jurídico tutelado, respetando también el derecho a la defensa, así como el principio de contradicción (Expediente Nro 1798-2016-PHC/TC, 2017).

Es así, que el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116 estableció que, si bien los hechos que se atribuyen a un imputado son inmutables, es posible que el tribunal, a través del principio de contradicción y derecho de defensa, plantee la tesis de desvinculación cuando ocurren circunstancias que modifican la responsabilidad penal y que no han sido incluidas en la acusación, lo que podría ocasionar que aumente la punibilidad. Esto no rige para las circunstancias de atenuación, estas circunstancias modificativas son elementos fácticos de tipo occidental del delito no esenciales y contingentes, que permitirían fundamentar la culpabilidad y lo injusto y que busca concretar la conducta de los individuos y establecer la responsabilidad que tienen. De esta forma la tipificación del hecho punible se altera debido a un error en la opción normativa que ha establecido la fiscalía y que debe ser realizada en función del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales o el 374 Inc.1 del Código Procesal Penal.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de Recurso de Nulidad 1301-2018, en el fundamento 2.10, ha vuelto a recordar los tres requisitos que se establecieron en el Acuerdo Plenario 4-2007/DJ-116 conforme el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y, actualmente, ha sido trasladado al artículo 374, inciso 1, del Código Procesal Penal, de esta forma, se entiende que los requisitos son: Identidad del hecho, homogeneidad de tipos penales y comunicación de la tesis de tipificación (Recurso de Nulidad Nro. 1301-2018, 2019).

A esos tres presupuestos, según la interpretación de la Sala Penal Permanente, se suma el establecido de la Casación Nro. 659-2014 Puno de la Sala Penal Permanente de la Corte

Suprema de Justicia la República, emitida el 10 de mayo del 2016, que analiza el caso de los Policía Nacional del Perú Jean Paul Vásquez Jorge Acasieta y Julio César Díaz Arenas y Benito López Elaje por el delito del tráfico ilícito de drogas. La sentencia, en el considerando 2.3, establece que debe cumplirse los presupuestos de observancia para modificar la calificación jurídica penal que se desarrolla durante el proceso y que surge a través de la figura del principio de determinación alternativa que se introdujo a la normativa penal en el año 2004.

La Sala Penal desarrolla, en esta sentencia, la forma en cómo se adopta el principio de determinación alternativa también llamado principio de desvinculación en nuestro ordenamiento procesal. Es así, que se explica que a partir de 1997 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República da origen a este principio de derecho que tenía naturaleza mixta y que buscaba, de manera sustantiva y procesal, otorgarle a los jueces la facultad de poder variar la calificación penal respecto al supuesto hecho denunciado por el fiscal que representa al Ministerio Público y, por consiguiente, establecer una sentencia con una pena que se base en la nueva calificación, para ello, se formuló el principio de determinación alternativa, el cual debería considerar requisitos básicos como son: la homogeneidad del bien jurídico, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, la preservación del derecho de defensa cuándo se realiza la adecuación al tipo.

Hasta el momento de la resolución, para poder adecuar la pena a una acusación diferente a la del fiscal, los jueces supremos habían acudido a la figura de adecuación de fallo al tipo penal, que es un mecanismo, a través del cual, los magistrados variaban la tipificación de los delitos según lo que se venía probando en el proceso, para lo cual se regían límites, especialmente, que la figura penal se encuentre dentro del mismo rubro; es decir, si el delito era contra el patrimonio debería estar dentro de los delitos que vulneraban este bien jurídico. Sin embargo, carecía de una base legal taxativa que justifique jurisprudencialmente esta autoarrogada facultad. A partir de ahí, se puso en evidencia la deficiencia doctrinaria del mecanismo

que estaban empleando los jueces, lo que permitió que, posteriormente, se formule el principio de determinación alternativa.

A partir de ahí, el 17 de agosto del 2004, el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales permitió la implementación de la tesis de la determinación alternativa, conocida también como desvinculación de la calificación jurídica, la cual fue planteada en la Ejecutoria emitida el 3 de julio de 2006, en el Recurso de Nulidad N° 2490-2006 La Libertad, que luego fue evaluada en un Acuerdo Plenario 4-2017/CJ-116 en el 2007.

En el fundamento 9 del Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116 sobre desvinculación procesal alcances del artículo 285-A, del Código de Procedimientos Penales, se conocían las diferencias entre el objeto del proceso penal y el objeto del debate. De esta forma, el objeto del proceso penal, ya determinado y fijado por la fiscalía, hacía referencia a los hechos sobre los cuales se desarrollan y consolidan los principios acusatorios y de contradicción. Esto no significaba que los demás sujetos procesales no podían pronunciarse sobre los aspectos que se fijaron en la acusación, en ese sentido, el principio de exhaustividad imponía al juez la obligación de emitir opinión respecto de los hechos más relevantes, las pruebas y demás pretensiones que las partes procesales habían formulado, así como la resistencia manifestada por el acusado a lo que se denominó objeto del debate.

Es así que, el hecho punible, es delimitado a través del juicio oral por el representante del Ministerio Público que, a su vez, traslada al acusado para contradecirlo en el debate. No está en la capacidad para cambiar el objeto proceso, pero sí para ampliar el objeto del debate. En ese sentido, se debe tomar en cuenta cuáles son las peticiones de las partes, de tal manera, que se pueda mejorar la cognición a los términos del debate

De la misma forma, en el Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, en su fundamento 11, brinda la posibilidad al tribunal que revisa los procesos, basados en el principio de contradicción y de defensa, que dentro del debate pueda plantear la tesis de desvinculación, por

lo que la tipificación se modificaría al subsumir el hecho punible, ya sea porque se cometió un error al momento de establecer la norma o porque se presentó algunas circunstancias modificatorias específicas que no se habían comprendido en la acusación. Esto permitía que los acusados tuvieran la oportunidad de realizar pronunciamientos y contradicciones al respecto o, en el mejor de los casos, solicitar una suspensión de audiencia para desarrollar su sustento contradictorio planteado y plantearlo en el debate.

Posteriormente, se promulgó el Código Procesal Penal que trajo consigo, el artículo 374, inciso 1, la figura de la desvinculación penal. Asimismo, en el artículo 397, se señalaba que era necesario la correlación entre la sentencia y la acusación, es decir, que las sentencias no podrán considerar algún hecho o circunstancia que no se haya descrito en la acusación y que, de hacerlo, estos deberían ser para favorecer al imputado. Asimismo, la emisión de una sentencia condenatoria no puede modificar las calificaciones jurídicas expresadas en la acusación o la ampliatoria, a menos que el juez haya dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 374, inciso 1, respecto a la desvinculación procesal penal; por otro lado, también establecía que el juez no está en la capacidad de aplicar una pena superior a la que el fiscal ha requerido, a menos que se esté solicitando una pena inferior a lo que legalmente se establece sin que haya justificado su atenuación.

a. La homogeneidad del bien jurídico tutelado.

Considera que en el bien jurídico protegido es necesario entender que, el ser humano y la sociedad, requieren de ciertas condiciones necesarias para su desarrollo. De esta forma, los bienes jurídicos son aquellos objetos que, ya sean materiales o inmateriales, son intereses, relaciones o derechos que socialmente se consideran valiosos y que requieren de la protección jurídica de alguno de estos bienes, pues, se valoran como muy importantes, de tal forma, que se los protege penalmente. Cuando un acto atenta contra ellos, se denomina antijuridicidad material. De esta forma, la sociedad se desarrolla de manera armónica y pacífica con los bienes

protegidos bajo normas que tipifican un comportamiento que los lesiona jurídicamente. Su protección se encuentra establecida en una fórmula normativa que, de manera concreta, establece una relación social de prohibición o mandato y lo custodia el bien jurídico. El bien jurídico es abstracto y su mantenimiento obedece al interés de la comunidad por mantener tanto al individuo y al colectivo dentro de una esfera de protección para su buen desarrollo (Muñoz y García, 2000).

De esta forma, la desvinculación hace referencia a que el bien jurídico tutelado debe ser homogéneo, tanto en aquel que se encontraba en la acusación fiscal, como en el alterno planteado por la judicatura.

Un ejemplo se tiene en el Recurso de Nulidad 1301-2018-Lima que analizó la desvinculación penal de un caso de robo agravado al que luego se lo modificó alternativamente a lesiones graves. De acuerdo al recurso, la descripción que se hace de los hechos delictivos, tal como consta en la acusación fiscal, dieron cuenta de que se produjeron lesiones por arma de fuego que puso en peligro, de manera inminente, la vida de la víctima. De esta forma, para establecer la modalidad del bien jurídico, se consideró que el robo agravado era un delito pluriofensivo, que, entre otros, lesionaba la integridad física, mientras, que el de lesiones graves también transgredía la integridad física. En consecuencia, al haber una homogeneidad del tipo penal es que podría aceptarse la desvinculación desde este aspecto.

Ahora bien, si en el caso Recurso de Nulidad Nro. 1301-2018-Lima se establecía la homogeneidad de bienes jurídicos, existen procesos en los cuales estos no fueron respetados, como es el caso de proceso de Recurso de Nulidad Nro. 3424-2013 Junín, emitida, el 8 de julio del 2015, por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto al caso que buscaba anular la sentencia que condenaba a Elier Jafet Hernández Rosas como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor, en agravio de una menor de 7 años de edad. De acuerdo a la acusación fiscal, el acusado ingresó a la casa

de la menor cuando sus padres no estaban. Tapándole la boca la llevó hasta el cuarto, la echó en la cama e introdujo su dedo por la vagina con la intención de, posteriormente, introducir el pene. Antes de que se consuma el hecho la menor llegó gritar, de tal forma, que el acusado huyó del lugar.

Es así que, como bien lo prevé el artículo 173° del código penal, que establecen el delito de violación sexual se configura cuando se accede de forma carnal o sexual, penetrando o introduciendo el miembro viril, u otra parte del cuerpo, en la cavidad vaginal, anal o bucal de la víctima sin que sea necesaria la penetración o introducción completa o incompleta, es que la acusación fiscal solicitó una pena de cadena perpetua bajo el delito de violación sexual. Sin embargo, en el debate del juicio oral, la sala desvinculó y varió la tipificación penal por el artículo 176-A, inciso 2, que la persona que, sin propósito de tener acceso carnal, realiza sobre un menor de 14 años, o lo obliga a realizarse a sí mismo tocamientos indebidos en sus partes íntimas.

La Sala Penal Transitoria consideró que los bienes jurídicos protegidos no eran homogéneos así pertenezcan a la misma esfera de delitos contra la libertad sexual y, por consiguiente, la sentencia de la sala penal de segunda instancia no cumplía la sentencia de la primera emitida por sala mixta descentralizada de la Merced en Junín, con lo que no se cumplía los principios de vinculación requeridos para este hecho. Cómo se observa, la homogeneidad de bien jurídico protegido especifica que, si se va a modificar la tipicidad, debe haber un alto grado de homogeneidad entre ambos bienes jurídicos, caso contrario, no se cumpliría en el presupuesto necesario para la desvinculación.

b. La inmutabilidad de los hechos y de las pruebas.

La inmutabilidad de los hechos hace referencia a que, durante el proceso, no se pueden variar los hechos que han sido recogidos durante la etapa de investigación fiscal y que se expresan en la acusación que se emite. Como ejemplo se tiene que si se fórmula acusación en

base al artículo 185°, hurto simple, durante el debate podría ser modificado por lo tipificado en el artículo 186°, hurto agravado, siempre y cuando surjan hechos nuevos que delimitan con precisión la responsabilidad penal del imputado, lo que hace que se modifique la tipicidad penal mas no desvirtúa los hechos establecidos. De esta manera, se adecúa típicamente el tipo introducido en el debate (Mendoza, 2018).

El efecto de la inmutabilidad se fundamenta en el principio de derecho a la defensa y el principio acusatorio; es decir, la acusación en el proceso penal debe cumplir el principio que establece que los hechos deben mantener la identidad esencial durante todo el juicio, por lo que deben permanecer inalterados en la sentencia, pues, han sido el objeto del debate, teniendo por un lado al Ministerio Público y, del otro, a la defensa técnica del imputado, donde se han brindado planteamientos para confirmarlos o desvirtuarlos (Nakazaki, 2005).

Todo procesado goza del derecho a la defensa y, por eso, es necesario informarle cuáles son los hechos delictivos por los cuales se le investiga, se llega a acusar y se le solicita una condena al poder judicial, de esta forma, en juicio oral, el imputado tendrá la capacidad para poder alegar o probar su inocencia. Por ese motivo, este debe conocer de manera detallada y cierta cuáles son los hechos que se le imputan y lograr una defensa eficaz en el debate (Nakazaki, 2005).

La inmutabilidad vincula a la defensa con el objeto de la acusación. Hay que considerar que la acusación posee varios elementos; sin embargo, no todos tienen el efecto de inmutabilidad. Es así, que los elementos de la acusación son: el acusado, el hecho, la calificación jurídica del hecho y las consecuencias penales. De esta forma, se rige, bajo el principio de inmutabilidad, la acusación del acusado por el cual se pide una pena y los hechos que permiten consumirlo en una figura típica. De otro lado, cuando se establece la desvinculación procesal penal no se está modificando los hechos y desconociéndolos, ni

tampoco al acusado, sino es la calificación jurídica lo que juez está facultado a modificar sí reconoce un error en esta imputación hecha por la fiscalía.

Según Nakazaki (2005), existen dos reglas necesarias para poder aplicar la inmutabilidad: la primera, es que el tribunal que sentencia no puede modificar los hechos planteados en la acusación, es decir, se encuentra impedido de cambiar el objeto del proceso, pues, se han tomado en cuenta para desarrollar la defensa durante la actividad probatoria. La segunda, es que si bien se puede dar una definición jurídica diferente a los hechos subsumidos en figura típica planteada por el Ministerio Público los hechos deben quedar inalterados, pero encuadrado en un tipo penal distinto que el que invocó el fiscal penal.

c. Preservación del derecho de defensa.

El principio de desvinculación tiene como una de sus características la preservación del derecho a la defensa, para ello, el artículo 374°, inc 1, del Código Penal establece que cuando el juez pueda observar la posibilidad de calificar jurídicamente los hechos objeto del debate, tomando en cuenta errores del Ministerio Público, está en la obligación de advertirlas al fiscal y al imputado sobre esta posibilidad, de tal forma, que las partes puedan pronunciarse de manera expresa sobre la tesis planteada por la judicatura penal y, en el caso de no tener en esos momentos los recursos para plantear una defensa adecuada, solicitar una suspensión de juicio de hasta por cinco días para preparar las pruebas necesarias y dar la oportunidad de exponerlas de manera conveniente

Lo mismo ocurría en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, en el inciso 2 se establecía que la sala debería indicar previamente al acusado la posibilidad de la modificación de la calificación jurídica para darle la oportunidad de defenderse. Para que, el acusado puede solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso ofrecer medios de prueba que contradigan la nueva calificación de esta forma. Si no se tiene la oportunidad de defenderse no se podría cumplir el presupuesto necesario para la

desvinculación, por lo que la sentencia sería nula como lo ocurrido en la Casación 173-2018 Puno, emitida por la sala permanente de la Corte Suprema de la justicia de la república.

La Casación 173-2018 Puno, fue interpuesta por Walter Aduviri Calisaya, en el proceso conocido como el *aymarazo*, debido a que la sala penal de apelaciones, en adición a la sala penal liquidadora de la provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno, por mayoría, confirmaron la desvinculación de la acusación fiscal que indicaba que el imputado era el autor mediato por dominio de la voluntad y no el coautor no ejecutivo como lo declaró la fiscalía. De esta forma, condenaron a Aduviri Calisaya como un autor mediato por el delito contra la tranquilidad pública - disturbios y le impusieron una pena de seis años de privación de libertad efectiva, fijando, además, dos millones de soles como reparación civil a favor del Estado.

De acuerdo a los vocales de la sala penal permanente, en primera instancia, se suscribió por mayoría la desvinculación del título de intervención delictiva que había establecido el Ministerio Público, de tal forma, que, según la sentencia que se revisa, la habían realizado de manera excepcional a través de una potestad que, si bien no estaba prevista expresamente en la norma, podría obtenerse a través de la interpretación de la doctrina jurisprudencial que se aplica en la materia. En ese sentido, la sala estableció que era necesario revisar, a través del principio de necesidad, las condiciones de razonabilidad que aplicó la sala para garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

De acuerdo a la resolución, sobre el ad quo que revisó la sala penal permanente, el colegiado, por mayoría, según lo que se desarrolló en el juicio oral y las conclusiones probatorias, modificaron el tipo penal por que no era factible asumir que el acusado era coautor no ejecutivo en los hechos ilícitos imputados, sino que los hechos orientaban más a la de la imputación de autoría mediata por dominio de voluntad a través de organización, lo cual no alteraba el tipo penal de disturbios que había sido debatido en el juicio, por lo que, según ellos, no se vulneraba el derecho a la defensa del imputado ni el principio de legalidad de la pena.

Sin embargo, según la Sala Permanente, no se observó la regla procesal de preservación del principio de contradicción como exige la garantía de defensa procesal. El Estado establece definiciones dogmáticas sobre autoría mediata, la cual se configura bajo otros hechos que no fueron materia de análisis en juicio. Así también, observaron que la calificación que se otorgó en el ad quo, otorgaba Aduviri Calisaya el poder del mando de organizaciones sociales comunales, cuyos integrantes se subordinaron a su voluntad, pero que, sin embargo, nunca fue sometida al principio de contradicción respecto a los subordinados que, supuestamente, habían sido sometidos a la voluntad del imputado lo cual vulneraba directamente su derecho de defensa. En ese sentido, el tribunal declaró fundado el recurso de casación y consideró que se había vulnerado el derecho de contradicción del imputado.

d. La coherencia entre los elementos fácticos y normativos.

El término coherencia no solo es parte de la ciencia del Derecho, sino también de otras ramas como la ética o la epistemología. La coherencia es el conjunto de elementos sobre las cuales se busca satisfacer un conjunto de restricciones negativas o positivas. La coherencia establece restricciones positivas o coherentes positivas o restricciones negativas llamadas también incoherentes entre los elementos que se encuentran presentes. De esta forma, no siempre es posible determinar la coherencia dentro de un grupo de elementos pues es difícil dividir un conjunto en sub conjuntos de elementos que se aceptan o no se aceptan para establecer cuáles son las relaciones coherentes y cuáles son incoherentes (Amaya, 2011).

La satisfacción de restricciones positivas permite aceptar ambos elementos comparados, es decir, si entre dos elementos existe una coherencia positiva se entiende que están relacionados, mientras que una restricción negativa solo obliga a aceptar a uno más no al otro. De esta manera, el requisito de desvinculación establece que debe haber coherencia entre los elementos fácticos y los normativos, es decir, los elementos fácticos deben estar subsumidos dentro de los normativos, pues, de no hacerlo, solo se podría aceptar a uno de ellos, ya sean

elementos fácticos o normativos, cayendo en la incoherencia, por lo que debe ser rechazada la desvinculación (Amaya, 2011).

2.2.3 Supuestos para ampliación de la desvinculación penal.

Escobar (2009) ha establecido que según el artículo 285-A, del código Procedimientos Penales y en el artículo 374, inc. 1, del Código Procesal Penal, alineados al Acuerdo Plenario 4-2017/CJ-116, para poder operar la desvinculación procesal deben ocurrir los siguientes supuestos:

— La judicatura advierte la existencia de circunstancias que modifican la responsabilidad penal y las cuales no han sido incluidas en la disposición de acusación emitida por la fiscalía, pero que esas circunstancias incrementarían la punibilidad y justificarían medidas de seguridad superiores a las establecidas por el fiscal o la recalificación jurídica de los hechos.

Es necesario tomar en cuenta que el tipo de circunstancias que modificarían la responsabilidad penal no hacen referencia a circunstancias que atenúan la responsabilidad, sino solo de aquellas que las incrementan como condición para la aplicación. En este supuesto se tiene que el bien jurídico sea homogéneo, es decir, que a pesar de que tenga distintas modalidades deben tutelar los mismos intereses jurídicos.

Claro ejemplo es cuando se modifica la condición de cómplice a la de autor, por lo que debe adecuarse la subsunción de los hechos para plantear la tesis de vinculación, pues, esta convertiría en agravante respecto de la imputación de complicidad por la está se le procesando, para lo cual, requiere ponerse en conocimiento del acusado y, este, tener la posibilidad de emitir contradicción a través de su defensa.

— El otro supuesto de aplicación es cuando el Ministerio Público ha tipificado de manera errónea hechos materia de investigación, es necesario recordar que el principio de inmutabilidad, de hechos y de pruebas, obligan a que durante debate oral esos no se modifiquen.

Por consiguiente, el juez está impedido de pronunciarse al respecto. Sin embargo, sobre la calificación jurídica de los hechos, siendo advertido el error en sede judicial, de acuerdo al artículo 374, inc. 1, el juez debe advertir al fiscal y al imputado sobre la posibilidad de la desvinculación para que tengan la posibilidad de contradecir.

Esta circunstancia puede ocurrir en el auto de enjuiciamiento, en el de apertura, de instrucción o en el desarrollo el juicio oral, siempre y cuando, se pronuncie antes de la culminación de la etapa probatoria. Es el caso del proceso visto en la Casación Nro. 173-2018, de la Sala Penal de Apelaciones de adición a Sala Penal Liquidadora de la provincia de Puno. La Sala Superior de Justicia de esa ciudad desvinculó procesalmente del título de coautor no ejecutivo por el de autor mediato por dominio de voluntad sin que éste haya sido advertido al fiscal y al imputado, lo que originó que la sala penal permanente declarara fundado el recurso de casación interpuesto por Aduviri Calisaya por inobservancia del proceso, precepto procesal que vulnera la garantía de motivación. De esta forma, la desvinculación no solo requiere la observancia del error por parte de la judicatura, sino que también ésta sea de conocimiento del imputado.

El surgimiento de hechos que agravan la responsabilidad penal del imputado debe ser adicionados a los hechos que la fiscalía toma en cuenta para su acusación, de esta forma, inmutando los hechos es que se advierte que la subsunción de los mismos no se adecua al tipo que la fiscalía ha considerado, por lo que es responsabilidad del juez delimitarla en otro tipo penal, desvinculándolo para otorgarle la limitación legal necesaria que sustente una posible condena.

2.2.4 Etapas para aplicación de la desvinculación penal

Robles (2018) considera que uno de los principales debates que existe sobre el principio de desvinculación que contempla el código Procesal Penal es determinar cuál es el momento límite para poder plantear esta figura procesal sin que se desnaturalice la institución y se

vulneren derechos fundamentales del procesado y del mismo proceso. Al respecto se tiene varias posturas:

— **Cuando se ofrezca el último medio de prueba:** Esta postura surge a partir de la interpretación de que en la actividad probatoria las partes establecen una teoría del caso que busca contradecir. Así, por un lado, el fiscal intenta demostrar los hechos que imputa y probar la responsabilidad penal del imputado, mientras que, por el otro, el acusado intenta buscar su absolución. De esta forma, la actividad probatoria se entiende que ha concluido luego de la actuación del último medio de prueba, el cual debió ser visto dentro del debate judicial.

— **Antes de que se formalice la conclusión de la actividad probatoria:** Esta postura considera el hecho de que la actividad probatoria realizada en el juicio oral solo se habrá concluido, de manera formal, cuando el juez lo disponga en audiencia, sin que exista oposición de las partes, tal como lo señala el artículo 385° del código Procesal Penal y antes de lo establecido en el artículo 386° sobre la culminación del debate probatorio para dar inicio a la discusión final con los alegatos que tengan las partes. Los artículos observan que la formalidad exige que los medios probatorios hayan sido actuados; sin embargo la etapa de conclusión no se encuentra expresa en los artículos, sino, únicamente, en el 386°, inciso 1, por lo que se entiende que para iniciar los alegatos, se debió concluir el debate probatorio, es así, que antes del inicio de los alegatos, esta postura entiende que se puede presentar la desvinculación por cuanto aún quedaría aperturado el momento para realizar la contradicción a la nueva tipificación y hacer uso del derecho de la defensa por parte del imputado.

— **Según el artículo 362° del CPP:** La tercera postura sobre el momento en el que se debe presentar la desvinculación es que debe realizarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 362° del Código Procesal Penal, que regula los incidentes y que, en el inciso 1, considera que, si en el curso de la audiencia se promueven incidentes, estos deben ser tratados en el mismo acto y resueltos de manera inmediata, es así, que la desvinculación procesal es

entendida como un incidente que el juez ha advertido y que está en la obligación de poner en conocimiento de la fiscalía y de la parte para que se rehaga su defensa. Si bien el artículo 362° considera que eso debe ser resuelto inmediatamente, el artículo 374°, inc. 1, permite una suspensión por el plazo de hasta cinco días para que se actúen los medios de defensa que la parte acusada requiera.

2.2.5 Principios y garantías que sustentan la desvinculación penal.

Vela y Nolasco (2011) consideran que la aplicación del principio de desvinculación conlleva a considerar ciertos principios y garantías que la sustenten y que podrían verse afectados cuando se aplica de manera incorrecta sin que se tomen en cuenta los requerimientos que se deben cumplir para no afectar derechos fundamentales de las personas. Entre estos se tienen:

a. Principio acusatorio

El principio acusatorio es aquel que exige que un proceso no se inicie sin que previamente no se haya ejercido el derecho de acción por un sujeto que es diferente al juez. De esta forma, se busca la imparcialidad del juzgador y que no se condene a una persona por hechos sobre los cuales no ha sido acusado, ni se incluye a una persona que no sea la que se ha investigado. Esta necesidad de tener un sujeto enjuiciador, que sostenga la acción penal, surge de la conversión que hace el derecho penal, volviéndose más público, permitiendo que se incorpore al Ministerio Público como el representante de la persecución penal. De esta manera se aseguraba la imparcialidad del Juez que dirime entre un acusador y un acusado (Armenta, 2016).

De manera general, se puede establecer que el proceso acusatorio busca establecer una acusación para establecer si ésta debe ejercerse sobre un sujeto, para lo cual, requiere de alguien que lo juzgue, lo que se realiza a través de dos etapas: la instructora y la decisoria. Esto permite mantener la integridad del órgano jurisdiccional el cual está impedido de actuar dejando el

ejercicio de la persecución penal al Estado, representado en el Ministerio Público y este por el fiscal (Armenta, 2016).

De esta forma, el juzgador no actúa de oficio, sino que requiere la presencia de una denuncia o una *noticia criminis* que inicia la persecución penal y que conlleva a un proceso de investigación por parte de la fiscalía que busca probar los hechos denunciados (Armenta, 2016).

El principio acusatorio presupone, y admite, el ejercicio del derecho de defensa por parte de la persona a quien se le imputa hechos delictivos y, de esta manera, se le posibilita el rechazo o contestación de la acusación que realiza el Ministerio Público. La aplicación de la contradicción, es decir, el enfrentamiento dialéctico que se produce entre las partes, posibilita la exposición de argumentos tanto del acusador como del acusado ante el juez, analizando los elementos fácticos y jurídicos sobre los cuales se va a ejercer la actividad probatoria. Es así, que tanto la acusación, la contradicción y la defensa se garantizan en el sistema acusatorio bajo el principio acusatorio, el cual se materializa con la acusación formulada en la que se detalla la individualidad del acusado y los hechos que se le imputan (Pérez, 2016) .

b. Principio de legalidad

El principio de legalidad que hace referencia a los siguientes aforismos:

— *Nullum crimen nulla poena sine lege* aparece luego de las revoluciones liberales que buscaban limitar el poder soberano del *ius puniendi*. A partir de entonces, el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales sobre el que se desarrolla el derecho penal moderno, sobre todo, el Estado de derecho, de tal manera, que uno no podría existir sin el otro (Ayala, 2018).

El principio de legalidad contiene cuatro garantías, los cuales, unidos, buscan prevenir cualquier acto arbitrario que provenga de la judicatura y, asimismo, provocar un alto grado de seguridad jurídica. En el ámbito penal las garantías que contiene este principio son inviolables e inalienables a los individuos en comparación al *ius puniendi* del Estado.

— ***Nullum crimen sine lege, la garantía criminal:*** esta garantía obliga al Estado a no castigar a ningún individuo con la imposición de una pena si es que esa conducta no ha sido tipificada previamente en una ley, es decir, si la conducta de un individuo no se encuentra legislada tampoco será posible castigarla.

— ***Nulla poena sine lege, la garantía penal:*** esta garantía obliga al Estado a no imponer una pena o la imposición de penas mucho más graves si es que estas no se han establecido de manera previa en una ley que sancione la conducta, de esta forma, ante un acto que se encuentra tipificado, no se podría establecer una pena que la misma norma no establecido para ella.

— ***Nulla poena sine legale iudicium, la garantía jurisdiccional:*** es una garantía que busca establecer que la responsabilidad penal, y la sanción que contiene, solamente pueden ser determinadas por aquellos organismos jurisdiccionales que el Estado ha determinado y, al cual, se le ha otorgado el poder para castigar conductas tipificadas, siempre y cuando esas conductas hayan sido determinadas previamente junto con una sanción.

c. Garantía de imparcialidad

Abad et al. (2018) considera que la imparcialidad judicial, desde el aspecto constitucional, es una parte de la seguridad jurídica y al debido proceso que debe afrontar un imputado, es un principio que también legitima la decisión de los jueces y, en su conjunto, hace que el sistema judicial sea fiable, de esta forma, un juez legítimo la imparcialidad que tengan sus decisiones.

La imparcialidad puede considerarse como un criterio que es propio de la justicia, es decir, ningún acusado puede esperar que se le otorgue una sentencia justa si el proceso no se desarrolla de acuerdo a las normas y si este está revestido por imparcialidad. Es judicial desde el sentido de que las decisiones que se tomen se hacen desde la perspectiva judicial, las cuales,

no pueden estar influenciadas por prejuicios y opiniones, pues la parcialidad corresponde a los abogados de las partes.

La imparcialidad objetiva se ha desarrollado para sostener este principio fundamental del derecho penal. La parcialidad subjetiva es aquella convicción personal que tiene un juez sobre un caso en específico y sobre las partes. De esta manera, se garantiza la imparcialidad cuando el juez no ha sobrellevado relaciones que podrían considerarse indebidas con las partes.

La imparcialidad objetiva busca asegurar que el juez no ha mantenido algún tipo de contacto previo con el *thema decidendi*. En otras palabras, que no haya conocido anteriormente el objeto del proceso es una garantía necesaria que busca que el juzgador actúe adecuadamente en el proceso.

De esta forma, la imparcialidad podría desarrollarse bajo estas dos concepciones, es decir, en la subjetiva, hacer una convicción personal propia del juez, la imparcialidad vendría en que no tenga la intención de favorecer a una de las partes mientras que, en la objetiva, es que el juez, sabiendo que ya ha conocido el caso está obligado bajo el principio de imparcialidad a alejarse del proceso.

Entonces los jueces imparciales se reflejan en el ejercicio de la jurisdicción dirimiendo controversias y alejándose de la contienda. De esta forma, la imparcialidad se convierte en un instrumento no solo en un proceso específico sino a nivel internacional, como parte de los Derechos Humanos que presupone un principio fundamental que es el de obtener un juicio justo.

d. Principio de correlación o congruencia procesal

El principio de congruencia puede entenderse como la concordancia que debe existir entre la acusación y la sentencia sin importar el acto en el que se encuentra contenida. El principio de congruencia es la base esencial del proceso acusatorio debido a que, el marco fáctico conceptual y jurídico, busca establecer una pretensión punitiva que el Estado plantea a

través del Ministerio Público y que debe garantizar el derecho de defensa, por lo que es necesario que este pueda desarrollar los mecanismos necesarios para oponerse a la imputación que le realiza el Ministerio Público a través de las pruebas que considere pertinentes. Es así, que, por este principio, la sentencia emitida debe de estar relacionada con la acusación formulada (Valderrama, 2016).

La congruencia proviene de la palabra latina *congruentia* que significa coherencia, convivencia o relación lógica. En derecho, esta congruencia debe estar expresada entre el fallo emitido y la pretensión realizada por el Ministerio Público que llevó a juicio a un acusado. También la congruencia es conocida como la conformidad que debe tener una sentencia y las pretensiones que han constituido el objeto del proceso, además de las oposiciones cuando estos han sido expresados por el imputado (Valderrama, 2016).

Existen tres clases de incongruencia:

- **Incongruencia aditiva:** establece más de lo pedido por la acusación.
- **Incongruencia omisiva:** cuando la sentencia ha omitido decidir sobre algún extremo de la pretensión presentada por el Ministerio Público.
- **Incongruencia mixta:** cuando las sentencias han fallado respecto a un objeto que no estaba comprendido

e. Principio de exhaustividad

La exhaustividad es un principio, a través del cual, la judicatura está obligada a realizar un examen minucioso sobre los puntos del litis que se actúan en el debate, sin que ninguno sea omitido cuando se resuelva, por ese motivo, cuando no se contemplan todos los aspectos en el proceso se está quebrantando el principio de exhaustividad, es decir, una sentencia incompleta no ha seguido el principio de exhaustividad que debe realizar un juez cuando la expide (Gómez & Vargas, 2017).

El principio de exhaustividad no solo se refiere a la esfera judicial que culmina con la emisión de una sentencia, sino que también incluye a los actores del derecho que persiguen el delito a través de las investigaciones, es decir, que el Ministerio Público requiere de este principio para que se conozcan los hechos delictivos en su totalidad, la individualidad del autor y, por consiguiente, una correcta tipificación de la conducta investigada

III. MÉTODO

3.1 Tipo de investigación

Siguiendo a Carrasco (2017) la investigación se enmarca dentro del tipo de investigación básica. La investigación básica es un tipo de investigación social que busca generar nuevos conocimientos con el objeto de profundizar y ampliar las teorías sociales que existen, no se dirige a tratar, de manera inmediata, un hecho ni a resolver un problema, sino a profundizar la información de las variables investigadas que, en el caso de la presente investigación, es el de conocer si se están cumpliendo los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los procesos penales que se llevan a cabo en el distrito judicial de Lambayeque. En ese sentido, la investigación tiene el diseño Dogmático y casuístico. Se desarrolla desde un plano teórico analizando sentencias en las que se aplica la desvinculación.

3.2 Población y muestra

La población está constituida por todas las sentencias de la Salas Penales de Apelaciones de Lambayeque en los que se aplicó la desvinculación penal durante los del 2016 al 2018. Como muestra, se tuvieron seis sentencias en las que se aplicó la desvinculación penal y que corresponden: una del año 2016, tres del 2017 y dos al 2018.

3.3 Operacionalización de variables

Variable	Dimensión	Indicadores	Técnica / Método	Fuente / Instrumento
El Principio de Desvinculación en la Legislación Peruana	Fundamento Jurídico	Legislación Procesal Penal	Análisis normativo	- Art. 285 – A del C. de PP. - Art. 374, inc. 1 del C.P.P.
	Fundamento Doctrinal Jurisprudencial	Acuerdos Plenarios Casaciones	Análisis Doctrinal Jurisprudencial	- A.P. 4-2007/CJ-116 - Casación 659-2014 Puno
	Presupuestos Procesales	-Homogeneidad -Inmutabilidad -Derecho de Defensa - Coherencia	Análisis Normativo y Jurisprudencial	- A.P. 4-2007/CJ-116 - Casación 659-2014 Puno
	Aplicación Jurisprudencial	Sentencias y Autos emitidos por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque	Análisis Jurisprudencial	- Sentencia N° 65-2018 - Sentencia N° 69-2018 - Sentencia N° 148-2017 - Sentencia N° 100-2017 - Auto N° 02-2017 - Sentencia N° 173-2016

3.4 Instrumentos

Para el levantamiento de datos se utilizó la técnica de la observación a través del análisis documental

3.5 Procedimientos

La investigación siguió el siguiente procedimiento.

— Se solicitó autorización para realizar una búsqueda en las sentencias emitidas por las Salas Penales de Apelaciones de la Corte de Justicia de Lambayeque para ubicar sentencias que hayan aplicado la tesis de desvinculación.

— Se pudo hallar seis sentencias las cuales fueron fotocopiadas para su análisis.

— Se analizó la doctrina y jurisprudencia referida a la desvinculación penal para poder establecer los criterios a evaluar.

— Se elaboró una ficha de recojo de datos para el análisis documental de las sentencias.

3.6 Análisis de datos

Para el análisis de datos se realizó el siguiente procedimiento:

— Se analizó cada sentencia para establecer si cumplían los supuestos de desvinculación según el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014 Puno.

— El análisis fue descrito para justificar la postura del investigador sobre si las sentencias cumplían o no los presupuestos para la desvinculación.

— Se realizaron conclusiones sobre la base del análisis de las sentencias y su cumplimiento de los presupuestos según el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014 Puno.

IV. RESULTADOS

La investigación analizó 6 sentencias en las que se aplicó la tesis de la desvinculación

Procesal Penal las Cuáles son las siguientes:

Tabla 1

Relación de expedientes analizados.

Expediente	Sentencia / Auto	Tipificación en la acusación fiscal	Tipificación luego de la Desvinculación
2979-2016-46-1706-JR-PE-08	65-2018	Usurpación por destrucción de linderos o Usurpación por Violencia o Amenaza	Usurpación por engaño
4404-2016-70-1706-JR-PE-02	69-2018	Producción de alimentos contaminados	Producción de alimentos adulterado
2116-2017-55-1708-JR-PE-01	148-2017	Fraude informático	Hurto agravado
2718-2016-58-1708-JR-PE-01	100-2017	Cohecho pasivo	Omisión de actos funcionales
4703-2017-0-1706-JR-PE-03	Acta de audiencia de prisión preventiva y Resol. N° 02-2017	Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos	Porte de armas de fuego
5362-2015-48-1706-JR-PE-06	173-2016	Extorsión en grado de tentativa	Usurpación

Nota: Tomada del análisis de las sentencias conservadas.

4.1 Cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado.

Respecto a la homogeneidad de bien jurídico tutelado, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 establece que este debe ser homogéneo, es decir, que el mismo hecho imputado sea subsumible en una figura penal que lesionó el mismo bien jurídico protegido en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes. Según Escobar (2009), los bienes jurídicos son homogéneos cuando protegen el mismo interés y que, a pesar de que tenga modalidades distintas, están cercanas dentro de la tipicidad penal. Se entiende entonces que no es una homogeneidad que solo se manifiesta porque los delitos se hallan catalogados en el Código Penal dentro del mismo Título, sino que estos deben guardar un alto grado de cercanía típica.

a. Expediente Nro. 2979-2016

La Sentencia 65-2018, del Expediente Nro. 2979-2016-46-1706-JR-PE-0813 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 24 de septiembre del 2018, considera los siguientes hechos: En septiembre del 2012, unas personas llegaron al terreno que se ubicada en el pasaje los Arenales, en la carretera Chiclayo –Pimentel de propiedad de los agraviados, con la intención de usurparlo, sin embargo esta situación fue repelida por la persona que en ese momento alquilaba dicho terreno, **Félix de la Cruz Cajusol**; empero, a la semana siguiente se apersonó el imputado junto con la policía y con otras personas manifestando ser el propietario del terreno, sorprendiendo de esta forma al arrendatario para luego cercar el terreno con una pared de tres metros de altura por trescientos metros de largo aproximadamente, destruyendo, además, los hitos que colocaron los agraviados para dividir su terreno; estos hechos fueron tipificados en el delito de usurpación, bajo la modalidad de destrucción de linderos, violencia y amenaza. Mientras lo estaban cercando, los propietarios fueron a buscar al imputado quien le dijo que lo cercaban para que ningún extraño lo invada ya que el imputado tenía un porcentaje de la propiedad, sin embargo, desde entonces no los deja ingresar y quiere obligarlos a que vendan la propiedad usurpada.

Es así que el fiscal acusa a los imputados bajo el delito de usurpación, considerando que ingresaron con violencia y destruyeron los linderos del terreno de los agraviados; sin embargo, luego de la actuación de las pruebas del fiscal, el juez de primera instancia absuelve a los imputados del delito de usurpación por violencia y destrucción de linderos.

Luego de ello, a pesar que el Fiscal Provincial no interpuso recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, el Fiscal Superior en Audiencia de Apelación de Sentencia comparte la pretensión de la parte agraviada y en sus alegatos de clausura advierte al Colegiado que el *A quo* debió de aplicar la tesis de desvinculación procesal, pues de los hechos imputados y de las pruebas actuadas en juicio se advierte que, la usurpación no ocurrió bajo la modalidad de destrucción de linderos, ni mucho menos mediante violencia, sino que fue por engaño, es así que la Superior Sala al emitir pronunciamiento decide declarar nula la sentencia de primera instancia señalando que, efectivamente el Juez debió de poner en conocimiento a las partes la posible desvinculación.

La usurpación se encuentra tipificada en el artículo 202° del Código Penal y establece que será reprimida aquella persona que se apropie de parte o todo, de un inmueble destruyendo o alterando los Linderos; asimismo, aquel que con amenazas violencia, abuso de confianza o engaño despoja a otra persona de manera parcial o total de la tenencia o posesión de un inmueble. A si también aquel que, con amenaza o violencia, turba la posesión y la tenencia tiene bien inmueble. Finalmente, a quien de manera ilegítima ingresa a un inmueble a través de actos ocultos, cuando el poseedor se encuentra ausente y tomando las precauciones para asegurarse de que quienes tengan derecho a poseerlo no lo sepan. Así mismo esta violencia a la que se refiere el inciso 2 y 3 se puede ejercer tanto sobre los bienes y las personas.

Por otro lado, el artículo 204° establece la forma agravada de usurpación y considera que esta se da cuando se utiliza explosivos, armas de fuego o cualquier otra sustancia peligrosa o instrumento cuando interviene en la comisión de los hechos dos o más personas, cuando se

realiza sobre inmuebles reservado para fines habitacionales, cuando son parte de los bienes estatales o de comunidades nativas o campesinas, o sobre aquellos bienes que se destinan a servicios públicos, que son parte del patrimonio cultural, u de aquellas áreas que el Estado protege. Así también, cuando se afecta la libre circulación en las vías de comunicación, cuando se colocan hitos, cercos perimétricos, anuncios, paneles y otros materiales; cuando se abusa de la condición o cargo que tiene una persona como servidor público o en la función arbitral o notarial; cuando se ejerce sobre derechos de vías localizadas en áreas que han sido otorgados para realizar proyectos de inversión; cuando se utiliza documentos privados adulterados o falsos; cuando se realiza en la condición de representante de una asociación o cualquier organización que representa personas jurídicas o cuando se realiza sobre inmuebles que se encuentran en zonas declaradas de riesgo no mitigable.

Respecto a los bienes jurídicos protegidos, en el delito de usurpación este es entendido como el disfrute pacífico de las cosas, es decir, como ausencia de perturbación que una persona debe tener, en el ejercicio de la posesión de un bien o de cualquier derecho real que tenga sobre las mismas.

En ese sentido, de los dos delitos, tanto el imputado por el Ministerio Público, como aquel que fue advertido por el Fiscal Superior y luego amparado por el Colegiado Superior, se observa que ambos tienen el mismo bien jurídico pero que ha sido realizado en distintas modalidades, pues, para el Fiscal Provincial el delito fue cometido por violencia mientras que para la Superior Sala fue cometido por engaño.

En el presente caso, sí se cumplió el presupuesto de la homogeneidad de los bienes jurídicos protegidos.

b. Expediente Nro. 4404-2016

La Sentencia 69-2018, del Expediente Nro. 4404-2016-70-1706-JR-PE-02 emitido por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha

28 de septiembre del 2018, considera los siguientes hechos: El proceso se desarrolla sobre el delito contra la salud pública en la modalidad de producción de alimentos adulterados para el consumo humano.

De acuerdo a la sentencia, la imputada estaba a cargo de una empresa que produce alimentos y que luego de una intervención policial se advirtió que existía una contaminación en los productos que los hacía no aptos para el consumo humano. En ese sentido, la fiscalía acusó a la imputada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 288° del Código Penal, que sanciona la comercialización, producción o tráfico ilícito de alimentos y cualquier producto que se destine para el uso o consumo humano. De esta forma el artículo condena la conducta delictiva a aquel que vende, produce pone en circulación, importa o toma en depósito alimentos, bebidas, aguas o bienes que están destinados al consumo humano sabiendo que estos se encuentran contaminados, adulterados, falsificados. De ello, se desprende que el artículo 288° contempla tres modalidades respecto a la circulación y venta de este tipo de productos ya que éstos pueden tener la condición de estar contaminados, de ser falsificados o adulterados; modalidades distintas que el Ministerio Público analizó y luego consideró que los hechos se subsumen dentro de la condición de elementos contaminados, modalidad que se invoca y que se pone a debate en juicio.

En el proceso penal, se expusieron pruebas en base a la calificación que dio el fiscal; sin embargo, en la sentencia emitida, el juzgado condena a la imputada por el delito contra la salud pública, establecida en el artículo 238, pero bajo la modalidad de producto adulterado. De esta forma, la imputada, según las pruebas actuadas no tuvo oportunidad de defenderse en vista de que el debate giro a establecer si los productos estaban contaminados o no.

Los delitos contra la salud pública tienen como bien jurídico protegido un supra concepto que va más allá de la mera salud individual que cada persona tiene, por lo que intenta proteger la salud de todas las personas, por lo que protegiendo la salud pública se entiende que,

de manera concreta, se está protegiendo la salud y la vida de forma individual. Como sujeto activo es cualquier individuo que, dependiendo de la modalidad, comercializan sustancias que son nocivas para la salud.

En ese sentido, se observa que en el caso analizado se trata de un mismo bien jurídico protegido. Por consiguiente, es homogéneo, pero que es diferente por la modalidad y la forma en cómo se realizan las acciones que lo vulnera.

c. Expediente Nro. 2116-2017

La Sentencia 148-2017, del Expediente Nro. 2116-2017-55-1708-JR-PE-01 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 21 de diciembre del 2017, analiza el proceso en el cual el imputado es acusado y condenado por el delito de fraude informático por lo que se le impuso una pena de ocho años de pena privativa de libertad. De acuerdo a los hechos imputados por el Ministerio Público, la agraviada se encontraba haciendo fila para utilizar un cajero automático en la ciudad de Chiclayo, momentos en los cuales aparece el imputado quién distrae a la agraviada y sin que ésta se dé cuenta, le cambia de tarjeta. Así también, entra la cómplice del imputado quien se acerca a la agraviada para que, aprovechándose de la confusión de que la tarjeta no funciona, poder obtener su clave digital secreta. Al momento de que la agraviada se retira del cajero los imputados retiran S/160 soles de la cuenta de la agraviada; sin embargo, son capturados minutos después por un agente policial. De esta forma, el Ministerio Público acusó a los imputados por el delito de fraude informático por el cual son condenados a ocho años de pena privativa de libertad.

Sin embargo, los imputados apelan la sentencia afirmando que se había calificado erróneamente los hechos que se les atribuye, pues el delito de fraude informático, es un delito que solamente se contempla cuando el perjudicado es una persona jurídica, por lo que los hechos se deben subsumir en el de hurto agravado.

La Superior Sala, luego de analizar los hechos y amparados en el artículo 424°, inciso 1 del Código Procesal Penal, establece que en las audiencias de apelación se deben observar normas que le son aplicables al juicio de primera instancia, de esta forma y en concordancia con el artículo 374, inciso 1, establece la posibilidad de la desvinculación Procesal Penal, por lo que la sala, encuentra que los hechos debatidos en el juicio, los mismos que fueron parte de la acusación del Ministerio Público, no se configuran como delito de fraude informático debido a que los imputados nunca manipularon el sistema informático para procurar un provecho ilícito para sí, o para terceros, tampoco alteraron, introdujeron, borraron o clonaron datos informáticos; por lo tanto, la conducta delictiva descrita debería estar configurada como hurto agravado, tipificado en el artículo 186°, inciso 2 y 5, del Código Penal que subsume los hechos de Hurto mediante destreza, pues según la Sala, de manera inesperada y rápida, el imputado cambió la tarjeta bancaria a la agraviada y con el concurso de dos o más personas logró apoderarse de S/160 Soles. Por consiguiente, la Sala se desvinculó del delito de fraude informático y calificó los hechos como hurto agravado, reduciendo la pena de los imputados.

Respecto al delito de hurto existe diversas posturas respecto al bien jurídico protegido, pues, algunas de ellas sostienen que bien jurídico protegido es la propiedad, mientras que otros, la posesión, sin considerar una tercera propuesta que se encuentra en algunos textos que dicen que bien jurídico protegido es el patrimonio; sin embargo, respecto a los delitos informáticos, vendría a ser “la información” que se obtiene de otras personas sin su consentimiento, que va relacionado con la funcionalidad informática; por consiguiente los delitos informáticos deben realizarse a través de un soporte tecnológico que implica el uso de redes computacionales.

Como se observa, el hurto y los delitos informáticos no solo no se encuentran en la misma Ley, pues el primero está tipificado en el Código Penal, mientras que el segundo en Ley especial 30096, sino que también no resultan ser homogéneos sobre sus bienes jurídicos, pues la homogeneidad de los bienes jurídicos hace referencia que estos deben tener una alta cercanía

de homogeneidad, de esta forma, en el presente caso se considera que no lo existe, debido a los bienes jurídicos no solo son los mismos, sino que se alejan mucho en cuanto a lo que protegen.

d. Expediente Nro. 2718-2016

La Sentencia 100-2017, del Expediente Nro. 2718-2016-58-1708-JR-PE-01 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 10 de agosto del 2017, condenó a la imputada por el delito de omisión de actos funcionales previsto en el artículo 377° del Código Penal. De acuerdo a la sentencia, un conductor fue intervenido por un efectivo policial quien le solicitó sus documentos, quien luego de entregarlos, fugó dejando su vehículo. Posteriormente, el referido conductor llamó por teléfono a otro efectivo policial de la comisaría donde se encontraban retenidos sus documentos, quien le pide dinero a cambio de ellos, el efectivo policial citó al conductor al día siguiente en la comisaría, sin embargo, éste previamente acudió a la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios, quienes organizaron un operativo en contra del oficial policial que solicitó el dinero. El agraviado acude a la comisaria para hacer el pago respectivo, es así que se entrevista con el imputado y le entrega los S/100 soles, éste recibe el dinero y, acto seguido, se dirige hacia la oficial a cargo de la sección de tránsito de la comisaría para pedir los papeles del agraviado. La oficial a cargo de la sección de tránsito entrega los documentos, pero sin la papeleta de infracción de tránsito que corresponde, de esa forma, la fiscalía consideró que la oficial a cargo de la sección de tránsito de la comisaría habría cometido delito de cohecho pasivo propio como cómplice primario del efectivo policial que realizó el cobro de los S/100 soles a cambio de la devolución de los documentos.

En el debate realizado en juicio, según el juzgado, la imputación no se subsume al delito mencionado en juicio, por lo que debe desvincularse la calificación de cohecho pasivo propio establecido en el artículo 393° del Código Penal, por el delito contra la administración pública en la modalidad de omisión de actos funcionales, que se encuentra previsto en el artículo 377°

del código penal. De acuerdo al juzgado la conducta de la oficial a cargo de la sección de la comisaría, fue la de entregar el acta de intervención y los documentos que se habían retenido sin emitir la papeleta de infracción correspondiente, por el contrario, actuó de una forma desleal a la institución, ya que la forma correcta de comportarse de un funcionario de la administración pública no era devolver los documentos, sin imponer una sanción al agraviado gracias al pedido de otro agente de la comisaría.

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales se encuentra tipificado en el artículo 377° del código penal y condena a los funcionarios públicos que, de manera ilegal, rehúsa, omite o retarde algún acto que se encuentra bajo su cargo. De igual forma, condena cuando rehúsa, omite o demora actos funcionales referidos a una solicitud de garantías personales sobre violencia familiar. Siendo que el bien jurídico protegido de este delito es el normal desarrollo de las funciones públicas, pues, se trata de proteger el funcionamiento de la administración pública y que este no se perjudique por la inercia dolosa de algún funcionario que ejerce un cargo determinado. De esta forma, el delito se perfecciona con la sola inacción, pues el tipo no exige que exista un resultado lesivo a la administración pública, sino únicamente la inercia dolosa del funcionario, es decir, nos encontramos en un delito de mera actividad.

Respecto al delito de cohecho pasivo propio, este se encuentra tipificado en el artículo 393° del Código Penal y establece que el servidor público o funcionario que reciba un donativo o acepte promesa, beneficio o cualquier otra ventaja para omitir o realizar un acto en violación de sus obligaciones o quien las acepta a consecuencia de haber faltado a ella, se encontrará inmerso dentro de ese tipo penal. Asimismo, condena al funcionario o servidor público que, de manera indirecta o directa, solicita promesa, donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir u organizar, un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ella. De la misma manera, sanciona al servidor público o funcionario que condiciona su

conducta funcional derivada de su cargo o empleo, a la entrega de promesa, donativo o ventaja. De esa forma, en ese tipo penal, el bien jurídico protegido es la imparcialidad que debe tener un funcionario al momento de ejercer su función pública, debido a que el agente no cumplirá con su deber de neutralidad que se le exige, pues actúa de acuerdo a los intereses de un tercero.

Como se observa, si bien estamos ante dos delitos que se pueden ubicar dentro del Título XVII, delitos contra la administración pública los bienes jurídicos no son homogéneos por lo que no cabría la posibilidad de desvincularlos por cuanto no cumplirían este supuesto.

e. Expediente Nro. 4703-2017

El acta de registro de Audiencia Única de Requerimiento de Prisión Preventiva y la Resolución N° 02 emitidas sobre el expediente 4703-2017-0-1706-JR-PE-03 de fecha 29 de mayo del 2017, que imputa los siguientes hechos: Personal policial, perteneciente a la comisaría de Santa Rosa, mientras realizaba un operativo en el distrito de Santa Rosa, intervino un vehículo Hyundai, color azul, que salía de playa Las Rocas, encontrando en su interior a los cuatro varones, uno de ellos con mancha de sangre en la manga de la camisa, lado izquierdo y la parte de la tetilla, además un arma de fuego, es así que se interviene a 3 de los ocupantes, mientras que al cuarto se le envía al Hospital Regional de Lambayeque para que sea atendido,

A raíz de estos hechos y en vista de que los tres ocupantes se encontraban con antecedentes, el fiscal solicitó prisión preventiva por el delito de porte ilegal de arma de fuego, calificando la conducta de acuerdo al artículo 279° del código penal; sin embargo, en la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, el juzgado, percatándose de que el artículo al cual hacía referencia Ministerio Público fue modificado a través del artículo 3° de la Ley 1244, del 29 de octubre de 2016, en los cuales la conducta descrita por el Ministerio Público se estaría enmarcando en el artículo 279-G del Código Penal y ya no el artículo 279° que hacía referencia a la fabricación, suministro, tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos mientras que el 279-G a la fabricación, comercialización y uso de porte de arma.

Se tiene entonces que el fiscal omitiendo la ley 1244, en la cual el artículo 279 sanciona malas conductas por portar armas, solicita prisión preventiva bajo este tipo penal, error que luego es corregido por la Juez de Investigación Preparatoria al resolver el Requerimiento de Prisión Preventiva.

En los delitos que sancionan la fabricación, comercialización, uso y porte de armas el bien jurídico protegido es la seguridad de las personas de la comunidad frente a posibles riesgos que puedan derivarse de la libre circulación de explosivos y armas de fuego. De esta manera, la seguridad podría verse lesionada por la comisión de conductas contenidas en la norma, por consiguiente, no solamente se garantiza la seguridad de los individuos de la comunidad, sino también los bienes jurídicos de libertad, salud y vida.

De esta forma, el Estado considera que portar armas de fuego atenta a la seguridad de cada individuo de la sociedad, el orden público y previene el mal uso que pudiera realizarse de ellas, que podría acabar en ataques fatales o violentos contra las personas.

En el caso del delito contenido en el artículo 279°, fabricación, suministro, tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos que sanciona a quién sin estar con una autorización debida ensambla, fábrica, almacena, modifica, comercializa, suministra, ofrece o poseen bombas, materiales explosivos, artefactos asfixiantes, inflamables, sustancias tóxica o cualquier material que se destine para su preparación en el cual, el bien jurídico tutelado, es la seguridad pública y, al igual que en el delito de portar armas, atañe a la vida y la salud de cada integrante de la comunidad. En ese sentido, se considera que los bienes jurídicos tienen un alto nivel de homogeneidad

f. Expediente Nro. 5362-2015

La Sentencia 173-2016, del Expediente Nro. 5362-2015-48-1706-JR-PE-06 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de setiembre del 2016, considera los siguientes hechos: los imputados buscaron al

agraviado para solicitarle S/5,000 soles con el objeto de permitirle continúe construyendo su edificación, caso contrario lo impedirían, para ello, los imputados se acercaron con armas de fuego amenazando al agraviado, de esta forma el agraviado pagó la suma pedida por los imputados y, luego de unos meses, se acercaron nuevamente a solicitarle, esta vez, S/ 1,500 soles para que éste continúe con la construcción, hecho que no fue aceptado por el agraviado, por ese motivo, horas después de que rechaza pagar los S/1,500 soles, un promedio de 15 personas invaden su terreno con el objeto de exigirle el pago. El agraviado denuncia el hecho por lo que se constituye la policía para dejar constancia de lo ocurrido, de esta manera, el Ministerio Público tipificó la conducta de los imputados de acuerdo al artículo 200° del Código Penal, que califica la conducta de extorsión a quién utilizando amenaza o violencia obliga a una institución o persona otorgarle una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, así también aquellos que contribuyan con el delito de extorsión suministrando información que conozcan por razón de sus funciones.

Durante el debate judicial, el Colegiado de primera instancia advierte que los hechos no se tipifican bajo el delito de extorsión sino bajo el delito de usurpación agravada. De esta manera, sentencia condenando por el delito de usurpación agravada y absolviendo por el delito de extorsión; sin embargo, el Colegiado de Primera Instancia no cumplió con poner en conocimiento al fiscal, ni a los imputados, la nueva la calificación que le corresponde a cada uno.

A pesar de dicha omisión la Sala Superior confirmó el extremo de la condena por el delito de usurpación y declaró nulo el extremo de la absolución por el delito de extorsión, precisando que el A quo no debió emitir pronunciamiento por dos delitos, pues la reconducción no significa la existencia de dos imputaciones, sino que se prefiere una por otra.

El delito de usurpación se encuentra tipificado en el artículo 202° del Código Penal y condena a aquella persona que se apropia de parte o todo un inmueble, para ello, destruye

linderos. Asimismo, utilizando amenaza, violencia, engaño, o abuso de confianza despoja a otro individuo de forma parcial o total de su posición o tenencia; así también el que con amenazas, violencia despoja de la posesión de un inmueble y el que de manera ilegítima ingresa a un bien inmueble a través de actos ocultos en ausencia del poseedor y realizando actos para asegurarse que éste no se entere, de tal forma que el bien jurídico protegido del delito de usurpación vendría a ser la posesión o tenencia que un individuo tiene sobre una propiedad y la propiedad misma. Por otro lado, el delito de extorsión se encuentra tipificado en el artículo 200° del Código Penal y condena aquella persona que, bajo amenaza o violencia, obliga a una institución pública o persona a otorgarle una ventaja de tipo económico o de otra índole. En caso de extorsión el bien jurídico protegido es pluriofensivo, es decir, son varios bienes jurídicos que se intentan proteger con la tipificación del delito, entre ellos, están la integridad física y psíquica, la libertad, así como el patrimonio, este último, el bien jurídico importante.

De esta forma se puede observar que si bien los delitos de extorsión y usurpación se encuentran dentro del título de delitos contra el patrimonio. Ambos protegen bienes jurídicos distintos, pues, uno protege la posesión y la propiedad de un bien inmueble, el segundo protege el patrimonio junto con la libertad y la integridad física y psíquica, por consiguiente, se considera que ambos bienes jurídicos no son homogéneos.

g. Categorización del análisis

El análisis de las sentencias permiten categorizarlo de la siguiente manera:

Tabla 2

Expedientes que cumplieron el supuesto de homogeneidad de bienes jurídicos tutelados.

Expediente	Cumple	No cumple
2979-2016-46-1706-JR-PE-08	X	
4404-2016-70-1706-JR-PE-02	X	
2116-2017-55-1708-JR-PE-01		X
2718-2016-58-1708-JR-PE-01		X
4703-2017-0-1706-JR-PE-03	X	
5362-2015-48-1706-JR-PE-06		X

Nota: Tomada del análisis de las sentencias conservadas.

4.2 Cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas.

a. Expediente Nro. 2979-2016

En la Sentencia 65-2018, del Expediente Nro. 2979-2016-46-1706-JR-PE-0813 emitido por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 24 de septiembre del 2018, se acusa a los imputados de haber desalojado a la persona que tenía alquilando el terreno para luego usurparlo despojando a su propietario de la posesión; sin embargo, durante el juicio, se pudo conocer que cuando la persona que alquilaba se retiró, el verdadero dueño se acercó al terreno y fue engañado por el imputado quien le dijo que lo iba a cercar para evitar que terceros lo invadan, es decir, poner el muro perimétrico, quienes autorizaron dicho cerco, sin embargo luego de regresar de un viaje ya no pudieron ingresar a su predio pues el imputado no lo permitía exigiéndoles que los agraviados se lo vendan.

Es así, que el juez de primera instancia, ante el conocimiento de estos hechos, luego de realizado el Juicio Oral, absolvió al imputado, en tanto que el Fiscal del caso no había logrado acreditar la existencia de la violencia o la alteración de hitos.

Luego en apelación de sentencia la Sala Superior Penal, estableció que, si se hubiera seguido el proceso por usurpación por engaño probablemente los imputados hubieran sido condenados. A pesar de los errores probados en la sentencia, los hechos quedaron inmutables, solo se agregaron otros acontecimientos que se conocieron en el proceso y que delimitaron la responsabilidad de los imputados. En ese sentido, este presupuesto sí se cumplió.

b. Expediente Nro. 4404-2016

En la Sentencia 69-2018, del Expediente Nro. Nro. 4404-2016-70-1706-JR-PE-02 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de septiembre del 2018, hace referencia a lo hallado en la empresa que conduce la imputada, en la cual se encontraron productos alimenticios que iban a ser comercializados, los cuales, según la fiscalía se encontraban contaminados y no eran aptos para

el consumo humano. En cuanto a la sentencia en la que se encuentra la desvinculación, el juez resuelve en base a la figura típica de comercialización de productos adulterados y no contaminado, sin embargo, mantiene inmutables los hechos, por lo que concluimos que este presupuesto sí ha sido considerado para desvincular penalmente la acusación.

c. Expediente Nro. 2116-2017

En la Sentencia 148-2017, del Expediente Nro. Nro. 2116-2017-55-1708-JR-PE-01 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 21 de diciembre del 2017, se imputan los mismos hechos a los investigados, el cual consiste en que uno de los imputados le cambia la tarjeta de ahorros a la agraviada sin que ésta se dé cuenta, la cual se encontraba en la cola esperando su turno en el cajero y gracias a la participación de su cómplice, obtiene la clave secreta y luego retira S/160 soles de la cuenta de la víctima a través del cajero automático. De esta forma, la tesis de desvinculación que aplica la Tercera Sala Penal de Apelaciones se base en la misma sucesión de los hechos, pero cuya subsunción no está acorde a lo imputado por el fiscal, por lo que el juez actuó con los hechos inmutables, por lo que consideramos que el presupuesto sí se cumplió en la sentencia analizada.

d. Expediente Nro. 2718-2016

En la Sentencia 100-2017, del Expediente Nro. Nro. 2718-2016-58-1708-JR-PE-01 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 10 de agosto del 2017, se mantuvo la inmutabilidad de los hechos cuando el juez desvinculó la imputación y recalificó el tipo penal de cohecho pasivo propio y los subsumió en la figura de omisión de actos funcionales previsto en el artículo 377° del Código Penal, debido a que la actuación de la imputada que era jefa del área de tránsito de la comisaría, no fue el aceptar o recibir algún tipo de beneficio económico, donativo, toda vez que esta actuación fue realizada por su compañero policial, siendo ella, solamente,

comprendida en la omisión que tuvo de emitir la papeleta de infracción correspondiente según el cargo que ostentaba en el momento en que el imputado fue intervenido, por consiguiente, se considera que el supuesto de inmutabilidad de los hechos sí se consideró.

e. Expediente Nro. 4703-2017

El acta de registro de Audiencia Única de Requerimiento de Prisión Preventiva emitida sobre el expediente 4703-2017-0-1706-JR-PE-03 de fecha 29 de mayo del 2017 y la Resolución N° 02, contempla los hechos imputados por el fiscal y hace un análisis de si estos cumplen los supuestos para el pedido de prisión preventiva, los hechos que considera el juez son los mismos que la fiscalía imputa y sobre las cuales el juez resolvió aceptar el pedido fiscal pero variando el tipo penal, pues el fiscal no contempló la modificatoria del artículo 3° de la Ley 1244, del 29 de octubre de 2016, en la que la conducta desplegada no estaría enmarcada en el artículo 279°, sino en el artículo 279°-G del Código Penal, en tal sentido se considera que la sentencia cumplió el supuesto de la inmutabilidad de los hechos

f. Expediente Nro. 5362-2015

En la Sentencia 173-2016, del Expediente Nro. 5362-2015-48-1706-JR-PE-06 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de setiembre del 2016, se consideró para realizar la desvinculación de la imputación fiscal, sobre los actos en los que los imputados solicitan el pago de un cupo al agraviado para permitir que éste siga construyendo su obra. Sin embargo, cuando éste rechaza hacer el pago ingresan a la propiedad un grupo de 15 personas, con el objeto de que éste pague el cupo para dejarlo construir. Esos hechos, según el fiscal, se subsumen en el tipo de extorsión, mientras que el juez subsume en el tipo de usurpación, pero con los mismos hechos que hizo referencia la fiscalía. En ese sentido, se considera que los hechos cumplen con la condición de que son inmutables para la desvinculación.

g. Categorización del análisis

El análisis de las sentencias permiten categorizarlo de la siguiente manera:

Tabla 3

Expedientes que cumplieron el supuesto de inmutabilidad de los hechos.

Expediente	Cumple	No cumple
2979-2016-46-1706-JR-PE-08	X	
4404-2016-70-1706-JR-PE-02	X	
2116-2017-55-1708-JR-PE-01	X	
2718-2016-58-1708-JR-PE-01	X	
4703-2017-0-1706-JR-PE-03	X	
5362-2015-48-1706-JR-PE-06	X	

Nota: Tomada del análisis de las sentencias conservadas.

4.3 Cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa.

a. Expediente Nro. 2979-2016

En la Sentencia 65-2018, del Expediente Nro. 2979-2016-46-1706-JR-PE-0813 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 24 de septiembre del 2018, se observa que la acusación fiscal se realiza por el delito de usurpación bajo las modalidades de destrucción de hitos y mediante violencia, por estos delitos fue absuelto el imputado, en tanto que el Juez consideró que no se había acreditado la destrucción de los citados linderos ni mucho menos la violencia, ante ello, la Superior Sala observó que el Juez debió correr traslado a las parte sobre la desvinculación y proponer el debate sobre la modalidad de engaño, con la finalidad de no afectar el derecho a la defensa. En ese sentido se aprecia que la Sala Superior advirtió que debió proponer la prueba necesaria en virtud del derecho defensa, cumpliéndose así este supuesto, distinto hubiera sido si la Sala decide emitir pronunciamiento sobre la citada modalidad, de engaño, diríamos recién que se ha vulnerado el derecho de defensa.

b. Expediente Nro. 4404-2016

En la Sentencia 69-2018, del Expediente Nro. Nro. 4404-2016-70-1706-JR-PE-02 emitido por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de septiembre del 2018, el proceso se inicia con la imputación realizada por la fiscalía bajo el supuesto del artículo 288°, en el que se imputaba la producción, venta y poner en circulación alimentos que están contaminados. De esta forma el delito se siguió bajo la modalidad establecido en la norma penal que es la de la contaminación; sin embargo, en la sentencia emitida por el juzgado se condena a la imputada por el delito contra la salud pública, pero bajo la modalidad de alimentos adulterados, modalidad que no fue puesta en debate y que no permitió la contradicción de la imputada. En ese caso, la Sala Superior estimó que el ad quo observó la posibilidad de realizar una calificación jurídica nueva de los

hechos en función a lo que se había actuado en el proceso. Sin embargo, antes de que acabe la etapa probatoria, como lo estipula el artículo 374, inciso 1, no puso en conocimiento de la fiscalía y de la parte imputada la tesis de la desvinculación para que éstos puedan contradecir la nueva calificación y, de ser necesario, suspender la audiencia por el plazo máximo de cinco días para que puedan reunir pruebas en función a la nueva calificación jurídica. En ese sentido, la Sala advirtió que se afectó el derecho a la defensa del sentenciado, pues la tesis desarrollada por la defensa no se centró en la modalidad de adulteración, sino solo en la modalidad de contaminación, de tal manera que se afectó el debido proceso reconocido en la Constitución Política del Perú, en el artículo 139°, inciso 3, y, por consiguiente, la sentencia de primera instancia es causal de nulidad. Así también, de acuerdo al artículo 159° del Código Procesal Penal se establece que la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas en la Constitución debe llevar a la nulidad de la sentencia, por tanto, podemos concluir que en este supuesto la tesis de desvinculación propuesta por el fiscal, no cumple el supuesto de la preservación del derecho de defensa

c. Expediente Nro. 2116-2017

En la Sentencia 148-2017, del Expediente Nro. Nro. 2116-2017-55-1708-JR-PE-01 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 21 de diciembre del 2017, realiza la desvinculación del delito de fraude informático y lo recalifica como hurto agravado en función del análisis de los hechos debatidos en juicio, esto, a raíz de que la defensa de los imputados observó que se les condenó por 8 años, bajo el delito de fraude informático, gracias a una calificación errónea de los hechos cuando el delito era de hurto agravado, por lo que la sentencia de la Superior Sala, bajo el amparo del artículo 424°, inciso 1, del Código Procesal Penal, que los faculta a que observen las normas que debieron ser aplicadas en el juicio de primera instancia, por lo que resolvieron considerar

que era necesario aplicar el artículo 374°, inciso 1, del Código Procesal Penal que regula la vinculación del juez sobre la acusación fiscal.

Sin embargo, el artículo 386°, inc. 1, también establece la culminación de la actividad probatoria que hace mención del artículo 374° inc. 1, por lo que cabe la duda si en la audiencia de apelación de la sala penal, las actuaciones de pruebas que se realizan se deben tomar como la que se realizarían en un debate de juicio y en el que existe la contradicción y la presentación de pruebas que justifiquen la comisión del delito, en este caso, la fiscalía no puede presentar prueba que contradiga lo resuelto por la Tercera Sala Penal de Apelaciones, sin embargo, como era una calificación más benigna para el imputado ésta fue resuelta sin ponerla a consulta.

A partir de ello, se considera que la Sala Penal de Apelaciones no podría desvincularse si considera que la nueva calificación es más gravosa que la establecida por el fiscal, pero, si la nueva calificación es más benigna, entonces la desvincula y solo la comunica en la sentencia.

d. Expediente Nro. 2718-2016

En la Sentencia 100-2017, del Expediente Nro. Nro. 2718-2016-58-1708-JR-PE-01 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 10 de agosto del 2017, se ha establecido que durante el juzgamiento, el juez pone en conocimiento, tanto el Ministerio Público como a las partes, respecto a la tesis de desvinculación del tipo penal que se apreciaba en función a los hechos que se estaban investigando, de tal manera, que el Ministerio Público mostró su conformidad con la tesis de división y el imputado tuvo la oportunidad de contradecirlo, es así, que los hechos se tipificaron de acuerdo a lo que recogía el *factum* de la imputación, el cual consistía en devolver los documentos del infractor de tránsito al efectivo policial al que el imputado le había entregado un billete de S/100 soles para evitar la sanción de infracción de tránsito.

e. Expediente Nro. 4703-2017

El acta de registro de Audiencia Única de Requerimiento de Prisión Preventiva y la Resolución N° 02 emitidas sobre el expediente 4703-2017-0-1706-JR-PE-03 de fecha 29 de mayo del 2017 que sentenció a los imputados que fueron encontrados dentro de un vehículo en el cual se halló también un arma de fuego; sin embargo, en la audiencia, el juez se percató que el fiscal no ha considerado la modificatoria del artículo 3 de la Ley 1244, que modifica el artículo 279° del Código Penal modificando su numeración al artículo 279-G del mismo código, de esta forma, se evidencia, ante el fiscal y los imputados, el error cometido por el ministerio público y procede a declarar fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva, en base a la desvinculación que se realizó del pedido fiscal que tipificó erróneas sin considerar la modificatoria de la norma.

Lamentablemente, en el acta de audiencia de prisión preventiva no se observa bajo que norma se ampara la desvinculación de la tipificación que realiza el fiscal para corregir el error cometido por la fiscalía, toda vez que la desvinculación establecida en el artículo 374, inc. 1, establece que ésta se debe llevar antes de que termine la actividad probatoria en el debate judicial, por lo que no se tendría sustento, para una corrección de tipificación en audiencia de prisión preventiva basada en el error fiscal, el realizar una desvinculación del tipo establecido por el Ministerio Público, además de ello, se advierte que efectivamente el Derecho de Defensa sí fue vulnerado, pues la Juez en todo caso, no puso en debate la errónea calificación, para que la Fiscal señale si realmente realizó una subsunción errónea y enmiende su requerimiento, o la defensa señale que, se le está realizando una imputación errónea y así considerar que el requerimiento debió rechazarse, por el contrario lo que manifiesta expresamente la Juez es que, es facultad de ella determinar la calificación jurídica cuando no se encuentre debidamente precisada, es decir tomó una actitud arbitraria propia del sistema inquisitivo.

Llegados a este punto y a pesar de que el análisis de la tipicidad en las audiencias de prisiones preventivas no ha sido materia de análisis en la presente investigación, no se puede dejar de mencionar la postura que ha surgido a raíz de la Casación Nro. 724-2015 Piura, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 15 de abril del 2016, que analiza la posibilidad de evaluar una tipificación errónea en la audiencia de prisión preventiva, toda vez que, según la costumbre fiscal, la parte imputada es notificada de la audiencia sin que se otorgue el plazo adecuado para presentar recursos que podrían corregir los errores de tipicidad como son la solicitud de tutela de derechos por deficiente imputación o la excepción de improcedencia de acción.

En esa línea, la Casación Nro. 724-2015 Piura, considera que en las audiencias de prisión preventiva es el principio de intervención indiciaria lo que permite analizar la imputación necesaria por parte de la fiscalía, de esta forma, debe superarse el primer presupuesto que debe ser analizado en este tipo de audiencias que es el *fumus delicti*, límites de la función, con lo que se puede establecer que si los cargos imputados no son concretos y, por consiguiente, no tienen la capacidad de definir, a partir de las exigencias de la imputación subjetiva y objetiva de la imputación, es que todo lo relevante, desde el aspecto penal, no podrá pasar este primer presupuesto material de la prisión preventiva, lo que dejará sin efecto la solicitud de la medida coercitiva solicitada por el Ministerio Público.

De esta forma, según esta Resolución, si en una audiencia de prisión preventiva se presenta un problema de imputación no se podrán establecer la existencia de graves y fundados elementos de convicción sino se resuelve el problema de imputación presentado, lo que obliga al juez de la audiencia a resolverlo.

Sin embargo, considero que la Casación Nro. 724-2015 Piura al ser un auto de calificación en el que se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el procesado, no puede utilizado de manera vinculante para el análisis de la sentencia presentada

en esta investigación, empero, esto no evita que se deje abierta la posibilidad de la realización de futuras investigaciones sobre los problemas de tipicidad en audiencias de prisión preventiva.

f. Expediente Nro. 5362-2015

En la Sentencia 173-2016, del Expediente Nro. 5362-2015-48-1706-JR-PE-06 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de setiembre del 2016, se tiene conocimiento respecto a los actos de un grupo de 15 personas que ingresan a un terreno con el objeto y obligar al agraviado a que realice el pago de S/1500 soles, por lo que en el debate en juicio el juez advierte que los hechos debatidos se subsumen en el delito de usurpación, más no en el de extorsión, sin embargo, no lo puso de conocimiento a los imputados, sino que en la resolución y sentencia, condena algunos por usurpación y absuelve a otros por extorsión, cuando lo que debió realizar era comunicar las nuevas figuras típicas antes de que acabe la etapa probatoria del juicio. La desvinculación debió hacer referencia a todos los imputados y no solamente a algunos como se resolvió en la sentencia, en ese sentido se considera que el supuesto de preservar el derecho de defensa no se cumplió.

g. Categorización del análisis

El análisis de las sentencias permiten categorizarlo de la siguiente manera:

Tabla 4

Expedientes que cumplieron la preservación del derecho de defensa.

Expediente	Cumple	No cumple
2979-2016-46-1706-JR-PE-08	X	
4404-2016-70-1706-JR-PE-02		X
2116-2017-55-1708-JR-PE-01	X	
2718-2016-58-1708-JR-PE-01	X	
4703-2017-0-1706-JR-PE-03		X
5362-2015-48-1706-JR-PE-06		X

Nota: Tomada del análisis de las sentencias conservadas.

4.4 Cumplimiento del supuesto de la coherencia.

a. Expediente Nro. 2979-2016

En la Sentencia 65-2018, del Expediente Nro. 2979-2016-46-1706-JR-PE-0813 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 24 de septiembre del 2018, se observa que existe coherencia debido a que la desvinculación que ordenó realizar la Sala Superior es conforme a los hechos que han sido imputados, pues conforme se actuó la prueba en juicio se determinó que efectivamente los hechos no habían ocurrido mediante la destrucción, pues los hitos fueron removidos luego del acto usurpatorio y no con la finalidad de usurpar, se determinó que tampoco habría existido violencia sobre la cosa o sobre la persona, en tanto que el inquilino que habitaba el inmueble fue sorprendido por el imputado quien en presencia de efectivos policiales le dijo que abandone el lugar porque él era el verdadero propietario, acreditándose con las declaraciones de los testigos y con las instrumentales que fueron actuadas en juicio que, el imputado mantuvo en engaño a los agraviados, pues les mencionó que había cercado el inmueble para evitar que personas lo usurpen y luego cuando los agraviados le pidieron que devuelva la parte que les corresponde, el imputado le ofreció comprárselo en un monto ínfimo.

b. Expediente Nro. 4404-2016

En la Sentencia 69-2018, del Expediente Nro. Nro. 4404-2016-70-1706-JR-PE-02 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de septiembre del 2018, se condena a la imputada por el delito contra la salud pública en la modalidad de producción de alimentos adulterados, calificación penal que se desvincula de la imputación fiscal que se realizaba sobre el delito contra la salud pública en la modalidad de alimentos contaminados; sin embargo, la sala advirtió que la desvinculación no se había puesto de conocimiento de las partes para el principio de contradicción; a pesar que, el debate del juicio oral se realizó en base a la imputación fiscal. En esa línea los hechos

descritos en la imputación fiscal sí guardan coherencia con la nueva calificación jurídica, por lo que sí se cumplió el supuesto de coherencia entre los hechos facticos y la norma.

c. Expediente Nro. 2116-2017

En la Sentencia 148-2017, del Expediente Nro. 2116-2017-55-1708-JR-PE-01 emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 21 de diciembre del 2017, desvincula la imputación fiscal que calificaba los hechos como delito de fraude informático por el delito de hurto agravado, para ello, analiza los hechos imputados los cuales, en arreglo al artículo 186°, inciso 2 del Código Penal, los subsume dentro del delito de hurto agravado bajo la modalidad de destreza, considerando que la destreza se evidencia cuando le cambian la tarjeta a la agraviada sin que ésta se dé cuenta de ello y cuando obtienen su contraseña sin que ésta se dé cuenta, sin embargo la Sala Superior no consideró que dicha destreza no fue para apropiarse en forma directa del dinero, sino para vulnerar la cuenta corriente de la agraviada y luego de ello sustraer su dinero, es decir se vulneró la información digital que protege el delito de fraude informático, pues, aunque el imputado haya ingresado a la cuenta corriente de la agraviada sin obtener dinero, ya se habría consumado el delito, en ese sentido consideramos que la desvinculación en este caso fue incoherente.

d. Expediente Nro. 2718-2016

En la Sentencia 100-2017, del Expediente Nro. 2718-2016-58-1708-JR-PE-01 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 10 de agosto del 2017, se considera que los hechos imputados se basan en un análisis de participación objetiva del efectivo policial que estaba encargada del área de tránsito de la comisaria por ello la imputación fue sobre el delito de Cohecho Pasivo Propio. Sin embargo, los hechos denunciados no correspondían a la calificación que había realizado el fiscal, pues los verbos rectores de dicho delito son que el agente *acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto funcional*, empero ninguna de estas

modalidades se le venía imputando, pues de lo actuado en Juicio se determinó que ella no tuvo relación directa con el denunciante, para que ésta le reciba algo a cambio o que él le haya prometido algo a cambio, sino que su conducta fue de no poner la papeleta de infracción cuando tenía conocimiento de una infracción de tránsito y esto lo hizo porque se lo pidió un colega. En ese sentido son coherentes los hechos fácticos con la norma aplicada que evidencia el error fiscal.

e. Expediente Nro. 4703-2017

El acta de registro de Audiencia Única de Requerimiento de Prisión Preventiva emitida sobre el expediente 4703-2017-0-1706-JR-PE-03 de fecha 29 de mayo del 2017, que revisa el requerimiento de prisión preventiva a tres imputados a los que se les encontró en un auto con un arma de fuego y en la que también había un herido de bala, en ese sentido el fiscal imputa la comisión del delito de portar armas de fuego sin autorización, pero cometiendo el error de tipificarlo según el artículo 279°, sin considerar la modificatoria de la ley 1244, que traslada ese artículo a 279-G, por consiguiente, siendo que los hechos fácticos advertidos por el juez correspondían al artículo 279-G, según modificatoria, es que se considera que sí hay coherencia entre ellos y, por el contrario, es obligación del juez evidenciar el error de Ministerio Público.

f. Expediente Nro. 5362-2015

La Sentencia 173-2016, del Expediente Nro. 5362-2015-48-1706-JR-PE-06 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 28 de setiembre del 2016, en el que se establece, sobre el imputado, el haber ingresado a un predio con el objeto de obligar a que el agraviado pague un monto de S/1,500 soles para que puedan permitirle continuar con su obra de construcción, al respecto, el juez advirtió que los hechos debatidos en juicio no correspondían, como lo manifiesta el fiscal, al delito de extorsión pues debe ser calificado nuevamente por el de usurpación. Como se observa, la intervención policial constató que dentro del predio se encontró un promedio de 15 personas y el agraviado

se encontraba construyendo, por lo que se acreditó la posesión y el ingreso de los imputados con el objeto de despojar al agraviado, en ese sentido, se considera que son coherentes los supuestos fácticos con la norma y la tesis de desvinculación planteada.

g. Categorización del análisis

El análisis de las sentencias permiten categorizarlo de la siguiente manera:

Tabla 5

Expedientes que cumplieron la coherencia entre los hechos y la nueva calificación jurídica.

Expediente	Cumple	No cumple
2979-2016-46-1706-JR-PE-08	X	
4404-2016-70-1706-JR-PE-02	X	
2116-2017-55-1708-JR-PE-01		X
2718-2016-58-1708-JR-PE-01	X	
4703-2017-0-1706-JR-PE-03	X	
5362-2015-48-1706-JR-PE-06	X	

Nota: Tomada del análisis de las sentencias conservadas.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La desvinculación penal, una facultad que tiene el juez para calificar nuevamente los hechos fácticos que son imputados por el Ministerio Público para subsumirlos dentro de otro tipo penal, alejado del tipo que la fiscalía había establecido, se encuentra contemplada en el artículo 374, inciso 1, del Código Procesal Penal, el mismo que también se encuentra en el artículo 285-A° del Código de Procedimientos Penales.

La aplicación de esta figura procesal debe cumplir ciertas condiciones siguiendo el ordenamiento establecido en el Código Procesal Penal, entre ellas, que la aplicación de la tesis de desvinculación debe ser advertida por el Juez a la fiscalía y a los imputados antes de que concluya la etapa del debate, esto, para darle oportunidad a que las partes realicen contradicciones a la tesis de desvinculación que plantea el juez y, de ser necesario, se suspenda la audiencia por un máximo de cinco días para que se reúnan pruebas que contradigan la tesis y la nueva calificación que plantea el juzgado, con la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa y la congruencia procesal entre lo denunciado y la calificación jurídica.

Para poder establecer los presupuestos de desvinculación, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116, consideró que la aplicación de esta figura debería contemplar no solo los requisitos establecidos en el artículo 374, inciso 1, del Código Procesal Penal, sino que también desarrolló presupuestos necesarios en la aplicación de esta figura jurídica y preservar así el debido proceso, más adelante, la Casación Nro. 659-2014 Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, incorporó un presupuesto más, de tal manera que ahora son: La homogeneidad de los bienes jurídicos tutelados, la inmutabilidad de las pruebas y hechos debatidos enjuicio oral, que se preserve el derecho a la defensa y que exista coherencia entre los elementos fácticos y normativos cuando se adecuen los hechos a la nueva figura penal.

Del análisis realizado de las sentencias, se pueden establecer ciertas deficiencias que se viene presentado al momento de aplicar la tesis de desvinculación, compuestos principalmente,

por el incumplimiento, en la mayoría de sentencias para establecer la existencia de bienes jurídicos homogéneos, pues, para los juzgados, basta con que los delitos se encuentren incluidos dentro del mismo Título de delitos del Libro Segundo del Código Penal para considerar que son homogéneos, es decir, sin en el Título 1 se tipifican los delitos contra la vida el cuerpo y la salud, entonces consideraban, por ejemplo, que el delito de homicidio tiene un bien jurídico homogéneo con el de genocidio o el de lesiones, sin embargo, este criterio no sería el correcto, pues, tal como lo establece Escobar (2009) alienado con el Recurso de Nulidad Nro. 1301-2018, la homogeneidad de bienes jurídicos en la figura de desvinculación penal debe tener un alto grado, es decir, no basta con que se encuentren en el mismo Título del Libro Segundo, sino que, además, esos bienes jurídicos deben tener una cercanía de tipificación con una ligera variación del bien jurídico protegido; sin embargo, se hallaron sentencia que desvincularon imputaciones de fraude informático por el hurto agravado, los cuales tienen bienes jurídicos distintos y , por consiguiente, no cumplirían lo presupuestos de homogeneidad necesarios para aplicar esta figura procesal.

El artículo 374°, inc. 1, del Código Procesal Penal, estipula que el momento de plantear la tesis de desvinculación es antes de la culminación de la actividad probatoria, sin embargo, el momento específico no ha quedado definido claramente, pues, según algunos autores debe ser antes de que se actúe la última prueba, mientras que para otros debe ser en el momento que se realiza los incidentes que surge en el debate judicial, sin embargo de acuerdo a las sentencias analizadas, en algunas de ellas, no sólo no se ha cumplido lo establecido en el artículo 374°, inciso 1, en las que la tesis de desvinculación recién la daban en la sentencia que absolvía a los procesados o declarados culpables a los imputados por otros delitos no debatidos en juicio, aspecto que llevó a la nulidad de la sentencia por parte de la Sala Penal de Apelación.

Otro de los aspectos relevantes que pudo observarse en la revisión y análisis de las sentencias, es que no se ha establecido con exactitud si son la Salas de Apelaciones órganos

judiciales facultados para desvincular penalmente la imputación fiscal y recalificar los hechos en un nuevo tipo penal, es decir, que si se acude a la sala y se observa que el juez de primera instancia no realizó la desvinculación, la sala no estaría facultada para realizarlo, pues, de ser así la Sala Penal de Apelaciones debería cumplir con las reglas observadas en el artículo 374°, inciso 1, del Código Procesal Penal y los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014 Puno, entre ellas, que la desvinculación debe ser planteada antes de la culminación de la actividad probatoria, pero no especifica si esta actividad probatoria corresponde o no a la que se realiza en la Sala de Apelaciones con motivo de la apelación, pues, si esto ocurriera se tendría una nueva calificación jurídica distinta a la acusación debiendo otorgarles a las partes la oportunidad de presentar prueba nueva para realizar contradicciones o, de ser el caso, solicitar la suspensión de la audiencia de apelación por un plazo máximo de cinco días para presentar nueva prueba que contradiga la tesis de desvinculación planteada por la sala con el objeto de que no se vulnera el derecho a la defensa. Sin embargo, este supuesto parece imposible de cumplirse debido a que las Salas, generalmente, realizan la audiencia de apelación en audiencia única, por ello, resulta poco probable que se dé cumplimiento al artículo 374°, inciso 1, es más, de las sentencias analizadas se ha podido comprobar que han reformulado calificación con bienes que no son homogéneos y sin que se dé la oportunidad de ofrecer de contradicción a la nueva calificación que emite la sala.

Por otro lado, se analizó un acta de audiencia de requerimiento de prisión preventiva en la que el juez declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva bajo otra calificación jurídica, relacionada a la planteada por el ministerio público, quien, no tomó en cuenta la modificatoria de un artículo pero que sí fue advertido por el juez que desvinculó la pretensión fiscal. En este caso, si bien, se advierte un error de la fiscalía, el artículo 374°, inciso 1, establece que la figura de desvinculación debe ser puesta de conocimiento a las partes antes de

la culminación de la etapa probatoria para que estos realicen contradicción, sin embargo, se tendría que la desvinculación en una audiencia de prisión preventiva estaría fuera de la norma, pues no existe una etapa probatoria y por consiguiente no podría ser aplicada en situaciones como la analizada.

La desvinculación penal tiene como objeto corregir errores de tipificación que ha cometido la fiscalía gracias al principio de *iura novit curia*, a través del cual, el juez, como conecedor de la ley, está en la capacidad de advertir una errónea subsunción de los hechos y tipificarlos de manera correcta, siempre y cuando se cumpla a cabalidad los requisitos y presupuestos para la desvinculación penal. Por ese motivo, es fundamental que los jueces analicen a profundidad las tesis de desvinculación que plantean, para que éstos cumplan los presupuestos necesarios de Ley y que el proceso no vulnere garantías constitucionales, como el debido proceso y el derecho a la defensa, fundamentales en un Estado de Derecho.

VI. CONCLUSIONES

6.1 Primera conclusión

Es bajo el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del distrito judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018. La investigación halló que los jueces no la cumplen y realizan la desvinculación penal en delitos que no tienen homogeneidad del bien jurídico tutelado, vulnerando el derecho a la defensa al no comunicar de la tesis de desvinculación antes de la culminación de la etapa probatoria, menos aún en las audiencias de requerimiento de prisión preventiva, la cual, no se encuentra legislada en el Código Procesal Penal. Por consiguiente, no se está cumpliendo lo establecido en el artículo 374°, inc. 1 del Código Procesal Penal, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno.

6.2 Segunda conclusión

Es bajo el nivel de cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del distrito judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018. La investigación encontró que los juzgados utilizan como criterio de homogeneidad que los delitos se encuentran dentro del mismo Título del Libro Segundo del Código Penal, lo cual, no garantiza que los delitos calificados sean homogéneos, muy por el contrario, evidencia una falta de análisis para aplicar la desvinculación que podría llevar a la nulidad de la sentencia, por lo que no estarían cumpliendo lo establecido en el artículo 374°, inc. 1 del Código Procesal Penal, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno.

6.3 Tercera conclusión

Es alto el nivel de cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018. La investigación encontró, en todos los casos, que los

juzgados utilizaban los mismos hechos descritos por la fiscalía al momento de la recalificación del delito penal utilizando la desvinculación para alejarse de la imputación realizada por la fiscalía y acorde con lo establecido en el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno.

6.4 Cuarta conclusión

Es bajo el nivel de cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018. La investigación encontró que hay sentencias en las que los jueces que evidenciando la necesidad de la desvinculación penal para recalificar el delito no lo advertían a las partes antes de la culminación de la actividad probatoria, como está establecido en el artículo 374°, inciso 1, lo que ha llevado a la nulidad de las sentencias y, por consiguiente, al inicio de un nuevo juicio que no sólo vulnera el derecho a la defensa de los imputados sino que también ocasiona un gasto al Estado y una afectación al agraviado al tener que esperar por el resultado de un nuevo juicio, por lo que no estarían cumpliendo lo establecido en el artículo 374°, inc. 1 del Código Procesal Penal, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno.

6.5 Quinta conclusión

Es alto el nivel de cumplimiento del supuesto de la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018. La investigación encontró, en la mayoría de los casos, que los jueces, de manera coherente, relacionan los elementos fácticos con la norma, de tal forma, que cumple la subsunción jurídica, corrigiendo los errores realizados por la fiscalía. Solo se evidenció un caso en el que la desvinculación realizada por el juez fue errónea, lo cual, fue advertida por la sala por lo que anuló la sentencia y ordenó nuevo juicio. En esa línea se puede establecer que sí

estarían cumpliendo lo establecido en el artículo 374°, inc. 1 del Código Procesal Penal, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno.

VII. RECOMENDACIONES

7.1 Primera recomendación

Se recomienda a los jueces penales analizar a profundidad respecto a la homogeneidad de los bienes jurídicos tutelados cuando van a plantear la tesis de la desvinculación penal, la misma que debe ser advertida antes de la culminación de la actividad probatoria en un juicio. Ello evitará que la sentencia sea declarada nula, ocasionando así un gasto al Estado, sobrecarga de trabajo al Ministerio Público y que el agraviado no sienta que el Estado demora en impartir justicia

7.2 Segunda recomendación

Se recomienda a los Colegios de Abogados del Perú la realización de cursos o charlas informativas acerca de la figura de la tesis de la desvinculación penal, de tal forma, para que los colegiados conozcan a cabalidad los presupuestos establecidos según el artículo 374°, inc. 1 del Código Procesal Penal, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno, de esta forma, se tendrá la capacidad de reconocer esta figura cuando la plantee el juez y así actuar en favor de sus patrocinados.

7.3 Tercera recomendación

Se recomienda a la Corte Superior de Justicia la realización de cursos de especialidad a los jueces penales respecto de la tesis de desvinculación penal, en la cual se analicen los requisitos que no se estarían cumpliendo, conforme a lo establecido en el artículo 374°, inc. 1 del Código Procesal Penal, el Acuerdo Plenario Nro. 4-2007/CJ-116 y la Casación Nro. 659-2014-Puno necesarios para evitar vulnerar el derecho a la defensa de los acusados.

VIII. REFERENCIAS

- Abad, I., Camacho, J., Capelo, G., Chilibuina, D., & Olalla, S. (2018). La imparcialidad judicial. *Revista Jurídica* (31), 141-152.
- Acuerdo plenario Nro 4-2007/CJ-116, Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales (Corte Suprema de Justicia de la República 16 de noviembre de 2007).
- Amaya, A. (2011). Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho. *Revista Discusiones X*, 21-64.
- Armenta, T. (2016). Principio acusatorio: realidad y utilización. *Ius Et Veritas*, 216-230.
- Ayala, A. (2018). El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 8(8), 15-37.
- Carrasco, S. (2017). *Metodología de la investigación científica*. Editoria San Marcos.
- Casación Nro. 247-2018/Ancash, Caso Comunidad Campesina de Choque (Corte Suprema de Justicia de la República. 15 de noviembre de 2018).
- Castro, J. (enero-junio de 2018). Alcance del principio iura novit curia en la responsabilidad del Estado colombiano. *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, 13(1), 169-187.
- Ccalla, M. (2011). *El principio de desvinculación contraviene los principios acusatorio e imparcialidad en el proceso penal peruano*. [Informe de tesis, Universidad Nacional del Altiplano].
- Deu, A. (1998). Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no. *Revista Ius Et Veritas*, 9(16), 216-230.
- Escobar, C. (2009). Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 3(5), 103-112.

Expediente Nro 1798-2016-PHC/TC, Caso Erasmo Quispe (Tribunal Constitucional peruano 26 de abril de 2017).

Fernández, L., & Vásquez, J. (2016). *Causas de índole jurídica y social, que provocan que los jueces penales se desvinculen de la acusación fiscal, en el distrito judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015*. [Informe de tesis, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo].

Flores, A. (2016). *Derecho Penal I*. Fondo Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.

Gómez, L. (2015). *La así llamada pretensión punitiva*. [Informe de grado, Universidad Pontificia Bolivariana].

Gómez, L., & Vargas, J. (2017). *Elementos restantes del principio de exhaustividad en la corte interamericana de derechos humanos: una mirada comparada desde el tribunal europeo de Derechos Humanos*. [Informe de tesis, Universidad Libre de Colombia].

Guerrero, J., & Zamora, D. A. (2018). *La desvinculación de la acusación fiscal y su vulneración al debido proceso y al principio al juez imparcial*. [Informe de tesis, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo].

Hanco, N. (2018). *Desarrollo jurisprudencial de la aplicación de la desvinculación jurídica y la infracción del principio acusatorio en el marco del artículo 374:1 del Código Procesal Penal*. [Informe de tesis, Universidad Nacional del Altiplano].

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6a ed.). McGraw-Hill Education.

Martínez, R. (2019). *Supuestos para la aplicación de la desvinculación procesal en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*. [Informe de tesis, Universidad Nacional de Trujillo].

- Mendoza, D. (2018). *Inmutabilidad fáctica de la acusación fiscal y su correlato con la sentencia judicial en la corte superior de Huaura-Año 2017*. [Informe de tesis, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión].
- Muñoz, F., & García, M. (2000). *Derecho Penal- Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Nakazaki, C. (2005). El efecto de inmutabilidad de la acusación: diferencia entre la mutación sustancial del hecho y la corrección del error de tipificación. *Revista del III Congreso Internacional de Derecho Procesal*, 197-206.
- Oré, A. (4 de marzo de 2019). *La finalidad del proceso penal*. Legis.pe: <https://legis.pe/finalidad-proceso-penal-arsenio-ore-guardia/>
- Oré, A., & Loza, J. (15 de diciembre de 2016). *La teoría del caso*. Instituto de Ciencias Penales. <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/teoriadelcasoaog.pdf>
- Ortega, D. (2015). Un acercamiento a la relación objeto del proceso – objeto del debate en el ámbito penal contemporáneo. *Revista Pensamiento Penal*.
- Pari, M. (2019). *Análisis de expediente judicial N°4424-2015*. [Trabajo académico, Universidad Católica Santa María].
- Pérez, C. (2016). El principio acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho y Cambio Social*, 13(43).
- Pérez, H. (4 de marzo de 2016). *Objeto del proceso, objeto del debate y tema de prueba*. IUS Virtual. <http://iusvirtual.com/site/2016/03/04/objeto-del-proceso-objeto-del-debate-y-tema-de-la-prueba/>
- Pino, R. (2016). *Metodología de la investigación*. Editorial San Marcos.
- Quiroz, W. (2017). *Hacia la justificación constitucional de la figura de la desvinculación en el proceso penal*. [Informe de tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Recurso de Nulidad Nro. 1301-2018, Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Penal Permanente 10 de abril de 2019).

- Robles, A. (Octubre de 2018). El momento para plantear la desvinculación procesal: una interpretación desde el principio de preclusión de la actividad probatoria en el juicio oral. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(112), 256-274.
- Rodríguez, S. (2017). *La investigación preparatoria y la acusación fiscal en el distrito judicial de Huaura, 2015*. [Informe de tesis, Universidad César Vallejo].
- Salinas, R. (2014). El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Código Procesal Penal de 2004. *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, (61), 245-257.
- San Martín, C. (2014). *Derecho procesal penal*. Editora Jurídica Grijley.
- Serrano, J. (2019). *Desvinculación procesal, camino de regreso al modelo inquisitivo o institución justificada excepcionalmente*. [Informe de tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Vacani, P. (2007). La Responsabilidad punitiva del Estado. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*(12), 2312-2334.
- Valderrama, I. D. (julio-diciembre de 2016). El principio de congruencia en el proceso penal. *Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), 159-180.
- Vara, A. (2015). *7 pasos para elaborar una tesis*. Editorial Macro.
- Vela, R., & Nolasco, J. (27 de marzo de 2011). *Desvinculación Procesal. Alcances del artículo 285 – A del Código de Procedimientos Penales. Acuerdo Plenario N 4-2007/CJ-116*. Instituto de Asuntos Gubernamentales Empresariales:
<http://ideage2010.blogspot.com/2011/03/desvinculacion-procesal.html>

IX. ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

PROBLEMA		OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE
<p>PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Cuál es el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?</p> <p>PROBLEMAS SECUNDARIOS</p> <p>a. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?</p> <p>b. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?</p> <p>c. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?</p> <p>d. ¿Cuál es el nivel de cumplimiento del supuesto de la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018?</p>		<p>OBJETIVO GENERAL: Establecer el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>a. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de homogeneidad del bien jurídico tutelado para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.</p> <p>b. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de inmutabilidad de los hechos y de las pruebas para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.</p> <p>c. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de preservación del derecho de defensa para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.</p> <p>d. Establecer el nivel de cumplimiento del supuesto de la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.</p>	<p>HIPÓTESIS PRINCIPAL: Es bajo el nivel de cumplimiento de los supuestos para aplicar la desvinculación procesal en los juzgados penales del Distrito Judicial de Lambayeque, periodo 2016-2018.</p>	<p>VARIABLE X: Supuestos para aplicar la desvinculación procesa.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Homogeneidad del bien jurídico. — Inmutabilidad de los hechos y las pruebas. — Preservación del derecho de defensa. — Coherencia entre los elementos fácticos y normativos
<p>DISEÑO La investigación cualitativa de diseño dogmático.</p>	<p>POBLACIÓN Y MUESTRA 6 sentencias emitidas por las Salas de Apelaciones de Lambayeque durante los años 2016-2018, que revisaron la figura de desvinculación penal.</p>		<p>TÉCNICA: Observación INSTRUMENTO: Ficha de recojo de datos</p>	

Anexo 2: Instrumentos de recolección de datos

Expediente	
Sala	
Fecha de sentencia	
Imputado	
Agraviados	
Resumen de los hechos imputados	
Delitos de acusación	
Delito de desvinculación	
Bien jurídico del delito de acusación	
Bien jurídico del delito de desvinculación	
Homogeneidad de bienes jurídicos	
Inmutabilidad de los hechos	
Momento en el que se advirtió la desvinculación	
Coherencia de la desvinculación	
Observación	