

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



ESCUELA DE POSGRADO



Maestría en Derecho Penal y Criminología

**LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU
VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO AL JUEZ
IMPARCIAL**

Presentado por:

Bach. Julio Guerrero Suárez

Bach. Deisy Adeli Zamora Zelada

Asesor: Dr. Christian Fernando Tantaléan Odar

Cajamarca – Perú

Mayo - 2018

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



ESCUELA DE POSGRADO



Maestría en Derecho Penal y Criminología

**LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU VULNERACIÓN
AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para el Grado
Académico de Maestro en Derecho Penal y Criminología**

Bach. Julio Guerrero Suárez

Bach. Deisy Adeli Zamora Zelada

Asesor: Dr. Christian Fernando Tantaléan Odar

Cajamarca – Perú

Mayo -2018

COPYRIGHT©2018 by
Julio Guerrero Suarez
Deisy Adeli Zamora Zelada
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

**APROBACIÓN DE MAESTRÍA EN
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU VULNERACIÓN
AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL**

Presidente : Dr. Jesús Julca Crespín
Secretario : Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes
Vocal : Mg. Tania Yasely Mendoza Banda
Asesor : Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar

DEDICATORIA

A la memoria de mi madre María Cristina
que desde el cielo me cuida y guía mis
pasos.

Julio Guerrero Suarez.

A mis padres Santos y Luz por ser el pilar
fundamental de todo lo que soy,
a mis hermanos Kevin y Yuseli por ser mi
mejor motivación en la vida.

Deisy Adeli Zamora Zelada

AGRADECIMIENTOS

A mis formadores por los conocimientos brindados a lo largo de mi carrera; a mi esposa e hijos, por el apoyo y la motivación a seguir adelante.

Julio Guerrero Suarez.

Gracias a Dios por la vida, a mi familia y amigos por sus consejos y motivación, a los catedráticos que han compartido todos sus conocimientos y experiencias jurídicas.

Deisy Zamora Zelada

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
ÍNDICE DE TABLAS	x
LISTA DE FIGURAS	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	3
ASPECTOS METODOLÓGICOS	3
1.1 Descripción de la Realidad Problemática	3
1.2 Formulación del problema	6
1.3 Justificación de la investigación	6
1.4 Objetivos de la investigación.	7
1.4.1 Objetivo General:	7
1.4.2 Objetivos específicos:	7
1.5 Hipótesis de la investigación	8
1.6 Operacionalización de Variables.	9
1.7 Unidad de análisis, unidad de información y grupo de estudio.	10
1.8 Tipos de Investigación	10
1.8.1 Por la finalidad	10
1.8.2 Por el enfoque.	11
1.8.1 Por nivel	12
1.9 Métodos de Investigación	13
1.9.1 Método Dogmático Jurídico:	13
1.10 Diseño de la Investigación	14
1.11 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	16
4) Fichas de observación documental.	17
1.12 Técnicas para el procesamiento y análisis de la información.	18
1.13 Aspectos éticos de la investigación	19
CAPÍTULO 2	20
MARCO TEÓRICO	20
2.1 Antecedentes de la investigación	20
2.2 Teorías que sustentan la investigación	21
2.2.1 Teoría del proceso.	23

2.2.2	Teoría del Proceso Penal.....	23
2.2.3	Teoría de la Acción Penal	26
2.3.	Bases Teórico-Jurídicas.....	27
2.3.2.	La desvinculación de la acusación fiscal establecida en el artículo 374 inc. 1 del nuevo código procesal penal peruano.....	27
2.3.3.	La vulneración del Principio al Debido Proceso respecto a la desvinculación de la Acusación Fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el Fiscal.	29
2.3.4.	La vulneración del Principio al Juez Imparcial respecto a la desvinculación de la Acusación Fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el Fiscal.	31
2.4.	Definición de términos básicos	33
CAPÍTULO 3		36
ANÁLISIS DE LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 374 INC. 1 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO.....		36
3.1.	Derecho Procesal Penal.....	37
3.2.	El Proceso Penal	41
3.3.	Sistemas Procesales	46
3.4.	El Código Procesal Penal en el Perú.....	48
a)	El Código Procesal Penal de 1991.....	49
b)	El Código Procesal Penal de 2004.....	50
c)	El Proceso Penal Común en el Nuevo Código Procesal Penal.....	53
2.	Fase Intermedia.....	56
3.	Fase del Juzgamiento.....	56
3.5.	Desvinculación de la Acusación Fiscal establecida en el Artículo 374° inc. 1 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.	58
3.5.1.	Antecedentes Históricos y Evolución.....	58
CAPÍTULO 4		63
ANÁLISIS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO PROCESAL PENAL AL JUEZ IMPARCIAL, RELACIONADO A LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL CUANDO LA PENA A IMPONERSE ES MAYOR A LA PETICIONADA POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.....		63
4.1.	El Debido Proceso.....	64
4.2.	La Constitucionalización del Derecho Humano al Proceso Debido en la Constitución Peruana.....	66
4.3.	La Independencia en el ejercicio de la Función Jurisdiccional.....	69

4.4.	Principio de Favorabilidad.....	69
4.5.	Atribuciones del Ministerio Público.....	72
4.6.	El Rol del Fiscal en la Investigación.....	74
4.7.	El Principio del Juez Imparcial.....	77
4.8.	El Principio Acusatorio como Principio de Juzgamiento.....	79
CAPÍTULO 5.....		84
ANÁLISIS DEL PLAZO ÍNFIMO PARA PRESENTAR NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA EN BASE A LA NUEVA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPUESTA POR EL JUEZ GENERA INDEFENSIÓN AL ACUSADO.....		84
5.1	Del Plazo.....	84
5.2	El Plazo Razonable.....	85
CAPÍTULO 6.....		91
LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL CUANDO LA PENA A IMPONERSE ES MAYOR A LA SOLICITADA POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.....		91
6.1	Principio de Imputación.....	91
6.2	Congruencia entre la Acusación y la Sentencia.....	94
6.3	Vulneración al Principio de Presunción de Inocencia y el derecho a la Defensa.....	100
CAPÍTULO 7.....		112
LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL VULNERA EL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL RECOGIDOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO, CUANDO LA PENA A IMPONERSE ES MAYOR A LA SOLICITADA POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.....		112
7.1.	Resultados de las Entrevistas.....	114
7.2.	Discusión Teórica.....	123
1.	Discusión Teórica de los Resultados Teóricos y de los Antecedentes de la Investigación.....	123
7.3.	Discusión de los Resultados de Expedientes.....	130
CAPÍTULO 8.....		132
PROPUESTA NORMATIVA.....		132
FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY.....		132
CONCLUSIONES.....		136
SUGERENCIAS.....		143
REFERENCIAS.....		144

ANEXOS	158
---------------------	-----

ÍNDICE DE TABLAS.

Tabla 1. Operacionalización de Variables 9

Tabla 2. La desvinculación de la Acusación Fiscal y su Vulneración al Debido Proceso y al Principio del Juez Imparcial 112

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. La Desvinculación de la Acusación Fiscal y su Vulneración al Debido Proceso y al Principio al Juez Imparcial	15
Figura 2. Pregunta que tienen la afirmación positiva a la entrevista.....	113
Figura 3. Preguntas que tienen la afirmación negativa.....	114
Figura 4. ¿Considera usted que la desvinculación de la acusación fiscal atenta contra las atribuciones y facultades del representante del Ministerio Público? ¿Que atribuciones?	115
Figura 5. ¿Considera usted, que el Juez penal al desvincularse de la acusación fiscal, adelantaría su criterio, vulnerando con ello el principio de Presunción de Inocencia?	117
Figura 6. ¿Considera usted, que el Juez penal al desvincularse de la acusación fiscal, adelantaría su criterio, vulnerando con ello el principio de Presunción de Inocencia?	119
Figura 7. ¿Considera usted, que la Desvinculación de la Acusación Fiscal genera indefensión al acusado, vulnerando el Derecho al Debido Proceso y al principio de Imparcialidad del Juez?	121
Figura 8. ¿Considera usted, que el plazo para presentar nuevos medios de prueba en base a la nueva calificación jurídica es ínfimo y debería establecerse un nuevo plazo?.....	122

RESUMEN

El presente trabajo plantea una propuesta de modificación de la figura procesal denominada “Desvinculación de la Acusación Fiscal” recogida en el inciso 1 del artículo 374 del CPP2004, toda vez que la norma positiva faculta al Juez Penal o Colegiado a imponer una sanción por un delito más grave y no previsto en el Requerimiento de Acusación. En ese contexto, se busca establecer como la figura de la desvinculación de la acusación fiscal vulnera el debido proceso y el principio al juez imparcial cuando la pena a imponerse es mayor por un delito no previsto en la acusación fiscal, es ahí donde radica la importancia práctica del presente trabajo, y para la investigación y desarrollo de la tesis se ha utilizado el método dogmático-jurídico, así como el hermenéutico por las razones técnicas de recopilación de información jurídica; aplicando un diseño no experimental, transversal y de la teoría no fundamentada, debido que no se manipularon las variables; usando los instrumentos de recopilación documental y, finalmente, a fin de proporcionar la validez al estudio, se realizaron entrevistas a magistrados especialistas en el tema. Con base en la información recolectada y a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia del Perú, la aplicación de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, además, de cumplir con los requisitos de identidad del hecho, homogeneidad de tipos penales, comunicación de la tesis de tipificación; deberá cumplirse con la oportunidad de defensa del acusado como son tiempo para su preparación, posibilidad de probar y principalmente observarse la competencia del Juzgador, esto que el juzgador debe ser competente para conocer los casos penales por el delito objeto de la tesis de nueva tipificación.

Palabras Claves: Desvinculación de la Acusación Fiscal, Debido Proceso, Juez Imparcial, Código Procesal Penal.

ABSTRACT

This paper presents a proposal for amendment of the procedural figure called "Decoupling of the indictment Prosecutor" contained in subsection 1 of section 374 of the CPP2004, every time that the standard positive to the criminal judge or collegiate faculty to impose a penalty for a felony and not planned in the indictment request. In this context, seeks to establish the figure of the de-linking of the fiscal accusation violates due process and the principle to the impartial judge when the penalty to be imposed is higher for an offence not provided for in the fiscal accusation, this is where lies the importance practice of this work, and for research and development of the thesis has been used the dogmatico-juridico method, as well as the hermeneutic for the technical reasons of legal information gathering; applying a design notexperimental, cross and the theory not grounded, because that is not manipulated variables; using instruments collection documentary and, finally, in order to provide validity to the study, specialists were judges interviewed on the subject. With base in the information gathered and as directed by the Court Supreme of Justice of the Peru, the implementation of the decoupling of the Prosecutor accusation, in addition, comply with the requirements of identity in fact, homogeneity of criminal types, communication of the thesis typing; It must comply with the opportunity for the defence of the accused such as possibility of testing time for its preparation, and mainly to observe the competence of the judge, that the judge must be competent for criminal cases by crime object of new typing thesis. Key words: Decoupling of the tax indictment, due process, impartial judge, code of criminal procedure.

Key words: Decoupling of the tax indictment, due process, impartial judge, code of criminal procedure.

INTRODUCCIÓN

La figura procesal denominada Desvinculación de la Acusación Fiscal, se encuentra regulado en el Artículo 374, inc. 1 del Código Procesal Penal, y en esta norma faculta al Juez a variar el tipo penal, después de la actividad Probatoria. Dicha facultad otorgada al Juzgador, implica que como director de Juicio puede en razón a los hechos y a los elementos probatorios expuestos variar el tipo penal, hecho que dará a conocer al Fiscal a fin de que se pronuncie y en el plazo de cinco días pueda presentar la nueva tipificación de los hechos, lo que significa una clara indefensión al derecho a la defensa del acusado, al derecho al debido proceso, al contrainterrogatorio, a la presunción de inocencia y sobre todo al principio de legalidad, puesto que deja en indefensión al acusado, quien ante la variación del delito por el cual se lo ha investigado tendría que presentar nuevos elementos de prueba, quedándose sin la oportunidad de buscar alternativas o salidas jurídicas.

El Debido Proceso Penal implica seguir la secuencia de la investigación acorde a los principios Constitucionales, Procesales y penales, sin embargo, la facultad que se le otorga al Juzgador de aplicar la figura de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, importa una vulneración a los principios constitucionales del Debido Proceso, Juez Imparcial, la presunción de inocencia del acusado y a otros derechos.

La problemática antes descrita surge por la propia configuración del sistema procesal penal; pues como lo señalan algunos estudiosos del derecho procesal penal peruano el nuevo código procesal penal se inspira en un sistema acusatorio garantista con rasgos adversativos, y se denomina garantista en mérito a la vigencia de instituciones

que avalan el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

En el contexto de este nuevo modelo procesal y atendiendo a las variables, como son:

a) El Debido Proceso y b) La Imparcialidad del Juez; surgen problemas e interrogantes que deben solucionarse o responderse de modo coherente con el sistema procesal penal y con los principios que lo inspiran.

Las interrogantes resueltas son las siguientes: a) ¿De qué manera la Desvinculación de la Acusación Fiscal vulnera el Debido Proceso y el principio al Juez Imparcial? b) ¿Al otorgarse un plazo ínfimo para presentar nuevos medios de prueba en base a la nueva calificación jurídica propuesta por el Juez, se genera indefensión al acusado? c) ¿En qué medida variar la tipificación postulada por el Ministerio Público vulnera el principio de imparcialidad del Juez?

La problemática anterior obedeció a una necesidad que surge de la propia regulación de esta figura procesal, debido a que su aplicación no puede en ninguna forma significar la vulneración de principios constitucionales y menos a los derechos de acusados, ya que esa no es la esencia del Nuevo Código Procesal Penal, es por ello que en la investigación se analizó los principios constitucionales y procesales, y cómo estos repercuten en la defensa de los derechos fundamentales. Todo ello con la única finalidad de evitar la vulneración al debido proceso y a los principios constitucionales.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

Pese a la reforma procesal penal, se tiene aún incorporada la figura procesal denominada la desvinculación de la acusación fiscal, regulada en el Inc. 1 del Art. 374° del Código Procesal Penal Peruano, el mismo que con su aplicación genera una vulneración al derecho al debido proceso recogido en la Constitución Política del Perú, como al derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por un Juez Imparcial, colisionando, además, con las atribuciones conferidas por ley al representante del Ministerio Público, quien al ser el titular de la acción penal está facultado para calificar un hecho delictivo y seguir la persecución del delito.

La desvinculación de la acusación fiscal, implica que antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez puede modificar la calificación jurídica, ya que de acuerdo al Inc. 1 del Art. 374 CPP, indica que: “Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad...”.

Esta tipificación da lugar a lo establecido en el Art. 397° del Nuevo Código Procesal Penal, que a la letra dice: “(...) En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374. (...)”.

En este orden de ideas si el Juez al analizar o después de haber practicado las pruebas en juicio oral se percata que la acusación realizada por el Fiscal, bajo el tenor de un

determinado delito, no le corresponde, sino sería otro delito por el cual se debería haber investigado, le indicará al Fiscal para que pueda variar la tipificación, dándole así un plazo para que se pronuncie, con este actuar del Juez se vulneran ciertos principios del proceso y derechos de la parte acusada, siendo el primero el derecho a la imparcialidad, debido a que el Juez exhortará al Fiscal que modifique el tipo penal de la acusación, lo cual conllevaría a suponer que estaría adelantando un pronunciamiento.

Al respecto el jurista Gálvez (2009), indica que: la desvinculación por parte del Juez Penal, se da cuando existió una incorrecta tipificación de los hechos, esto implica que los hechos pueden ser cambiados de un delito de menor a mayor gravedad. Esta desvinculación se da en el juicio oral o hasta antes de la culminación de la actividad probatoria. (p. 734).

La problemática de esta figura procesal radica en la vulneración al derecho al debido proceso, al derecho a la defensa, además de ello implica un entrometimiento a las atribuciones del representante del Ministerio Público, quien es el titular de la acción penal se le ha conferido facultades y atribuciones que encuentran su sustento en el Art. 159° de la Constitución Política del Perú.

El inc. 1 del Art. 374° del Código Procesal Penal, vulnera de manera específica los principios rectores con los cuales el Estado Peruano en el año 2004 mediante el Decreto Legislativo N° 957 adoptó la tendencia de corte acusatorio adversarial, debido a que contradice los principios procesales, sobre los cuales se asienta todo el proceso, esto es desde el inicio de la investigación, luego el requerimiento de acusación para dar lugar, si así lo amerita, al juicio oral, tal y como lo establece el Art.

356° del Código Procesal Penal, en ese sentido se debe entender que la realización de una nueva calificación jurídica facultada por el órgano jurisdiccional, implica que sobre la misma se emita una sentencia.

Siguiendo la misma línea y respecto de la afectación a los derechos de los justiciables el Juez Penal o Colegiado al utilizar la figura de la desvinculación afectaría de manera directa el principio de legalidad, sobre todo en el hipotético caso que se pretenda sancionar con una pena mayor al delito por el cual se lo investigó y que el fiscal como único director de la investigación y titular de la acción penal no tomó en consideración al momento de formalizar y continuar la investigación preparatoria, aunado a ello no se contaría con un plazo razonable para poder ofrecer los elementos de descargo en base a la nueva tipificación generando una indefensión, vulnerando principios considerados en el art. 139° de la Constitución Política del Perú, así como lo establecido por diferentes instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de los derechos y deberes políticos y la Convención Americana de derechos humanos.

La figura procesal en mención tiene vicios de inconstitucionalidad, ya que el juicio oral se desarrollará en base a la previa acusación fiscal con todos los requisitos de forma y de fondo, sin embargo, al aplicarse la desvinculación de la acusación fiscal, implicaría la no existencia del requerimiento de la acusación (por no tener todo los requisitos de forma y de fondo, pues faltaría la tipificación de los hechos) por lo que se estaría sentenciando a un procesado sin previa acusación por parte del órgano competente.

1.2 Formulación del problema

¿De qué manera la desvinculación de la acusación fiscal vulnera el debido proceso y el principio al juez imparcial recogidos en el código procesal penal peruano, cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público?

1.3 Justificación de la investigación

La investigación ha propuesto que se modifique el Inc. 1 del Art. 374° del Código Procesal Penal, en concordancia con el Inc. 2 del Art. 379° del mismo cuerpo de leyes, esto en razón a los efectos y consecuencias jurídicas que acarrea su aplicación, dado que actualmente la desvinculación de la acusación fiscal significa una alta vulneración al derecho al principio de legalidad, al debido proceso (Art. 139° de la Constitución), a los derechos de defensa del acusado, siendo uno de ellos el principio de imparcialidad, en ese sentido el estudio de la figura procesal en mención pretende que no se aplique la figura de desvinculación de la acusación fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la peticionada por el Fiscal, esto con la finalidad de garantizar un fallo justo con la actuación de las partes procesales en igualdad de armas, siguiendo la línea del sistema acusatorio que versa nuestro sistema penal peruano y que no atente contra la figura de la conclusión anticipada.

En el tema abordado no cuenta con abundante jurisprudencia nacional que aborda la temática de la desvinculación de la acusación fiscal, pero sí existe respecto al tema de la Determinación Alternativa regulada en el Art. 285 del Código de Procedimientos Penales, sin embargo, el propósito de la investigación es la de servir de guía para los operadores del derecho, a fin de que ante la inexistencia de alguna casuística

relacionada con la temática expuesta, sea empleado como base este estudio, para resolver el caso en concreto con fundamentos eminentemente Jurídicos.

En la actualidad, la desvinculación de la acusación fiscal se encuentra recogido en el inc. 1 del Artículo 374° del Código Procesal Penal, el mismo que se encuentra a disposición de aplicación del Juez. Habiendo sido el propósito de la investigación que se modifique a nivel normativo dicha facultad otorgada al juzgador para no dejar en indefensión a la parte acusada con la vulneración de su derecho al principio de legalidad, al debido proceso y al principio al Juez Imparcial, cuando la pena a imponerse sea mayor a la peticionada.

1.4 Objetivos de la investigación.

1.4.1 Objetivo General:

Determinar la manera en que la desvinculación de la acusación fiscal vulnera el debido proceso y el principio al juez imparcial recogidos en el código procesal penal peruano, cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público.

1.4.2 Objetivos específicos:

- a.** Analizar la figura de la desvinculación de la acusación fiscal establecida en el artículo 374 inc. 1 del nuevo código procesal penal peruano.
- b.** Analizar el principio constitucional del debido proceso y el principio procesal penal al juez imparcial, respecto a la desvinculación de la acusación fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la peticionada por el representante del ministerio público.

- c. Establecer si al otorgarse un plazo ínfimo para presentar nuevos medios de prueba en base a la nueva calificación jurídica propuesta por el Juez, genera indefensión al procesado.
- d. Proponer la modificatoria del artículo 374° inc. 1 y del Art. 379 inc.2. del nuevo código procesal penal.

1.5 Hipótesis de la investigación

La desvinculación de la acusación fiscal vulnera el principio al debido proceso y al principio del juez imparcial cuando se atenta contra las atribuciones y facultades del Ministerio Público. Asimismo, cuando:

- A. Se atenta contra las atribuciones y facultades del Ministerio Público.
- B. Al otorgarse un plazo ínfimo para presentar nuevos medios de prueba en base a la nueva calificación jurídica propuesta por el Juez, genera indefensión al procesado.
- C. Se emite un fallo por un delito más grave y no previsto en la acusación, vulnerando el debido proceso.
- D. El órgano jurisdiccional adelanta el fallo, con el cual se ve vulnerado el principio de presunción de inocencia.

1.6 Operacionalización de Variables.

Variables	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores
Desvinculación de la acusación Fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el Fiscal.	La desvinculación de la acusación fiscal es la facultad del órgano jurisdiccional de apartarse de la calificación jurídica propuesta por el representante del Ministerio Público del requerimiento acusatorio con la finalidad de imponer una pena mayor a la solicitada.	Jurídico Penal	<ul style="list-style-type: none"> - Se atenta las atribuciones y facultades del ministerio público - Se genera Indefensión al Acusado. - Se emitiría un fallo por un delito más grave y no previsto en la acusación. - Se adelantaría un fallo vulnerando el principio de presunción de inocencia.
Vulneración al principio constitucional del debido proceso y el principio procesal penal al juez imparcial, cuando la pena a imponerse es mayor a la peticionada por el representante del ministerio público.	Es ir en contra de lo normado por la Constitución vulnerando la independencia de los órganos jurisdiccionales y de la correcta administración de justicia.	Constitucional y Procesal Penal.	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de la doctrina y norma procesal penal.

1.7 Unidad de análisis, unidad de información y grupo de estudio.

La investigación tuvo como unidad de análisis al Sistema Jurídico Procesal Penal Peruano; a los magistrados esto es: Jueces y Fiscales, a quien se realizó entrevistas sobre el tema en mención, y finalmente dos Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano y aportaciones jurídicas extranjeras.

Por la naturaleza el estudio del sistema penal peruano no tiene universo de muestra. El universo de los especialistas (magistrados entre jueces y fiscales) son 20 que laboran en el Poder Judicial y Ministerio Público de Cajamarca y las sentencias nacionales y extranjeras son tres.

La muestra para determinar el número de especialistas es un tipo de muestra no probabilística, por conveniencia o intencional. Asimismo, la muestra de Sentencias Nacionales en las que se indica que la desvinculación de la Acusación Fiscal vulnera el principio del debido proceso y a los derechos de defensa del acusado.

1.8 Tipos de Investigación

1.8.1 Por la finalidad

Se plantea realizar una investigación **básica**, o también llamada pura, porque busca producir conocimiento y teorías (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2010, p. 29); naturalmente, el punto de partida será el conocimiento pre existente sobre el objeto de estudio, enfocando en resolver la problemática de los efectos de la desvinculación de la acusación Fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada en la acusación fiscal, para que de este modo los operadores del derecho puedan emplearla, en el momento que se presente en la casuística cotidiana, para ello se buscará

lograr identificar los objetivos inmediatos y jurídicos con la propuesta de una modificatoria del artículo 374° Inc. 1 y 397° Inc. 2 y fijación de parámetros que deben ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos mientras esta norma no sea modificada.

1.8.2 Por el enfoque.

La investigación será de tipo cualitativa, la misma que busca “comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto” (Hernández, 2010, p 364). En otras palabras, se trata de describir e interpretar fenómenos humanos, a menudo en palabras propias de los individuos seleccionados (informantes), en vez de considerar la perspectiva del investigador. Los métodos cualitativos mantienen como una de sus premisas fundamentales, que la investigación sólo podrá acceder al conocimiento de la realidad, y comprende el punto de vista del informante. El investigador no descubre, sino que construye el conocimiento (Balcázar Nava, Gonzales-Arratia López-Fuentes, Gurrola Peña & Moysen Chimal, 2013, pp. 21-23).

La investigación cualitativa se basa en tres conceptos fundamentales: la validez, la confiabilidad y la muestra. La validez, en este paradigma, implica que la observación, la medición o la apreciación se enfoquen en la realidad que se busca conocer, y no en otra. La confiabilidad se refiere a resultados estables, seguros, congruentes, iguales a sí mismos en diferentes tiempos y previsibles. Y la muestra sustenta la representatividad de un universo y se

presenta como el factor crucial para generalizar los resultados. (Álvarez, 2003, p. 31).

La investigación tiene como base la interpretación de la información recopilada de libros, artículos, revistas, comentarios, jurisprudencia y doctrina, de esa manera se realizó un análisis de las diferentes teorías que los autores planteen sobre el tema objeto de investigación, realizando para ello un análisis crítico y evaluativo de los enfoques de estudio y de casos sobre la desvinculación de la acusación fiscal.

1.8.1 Por nivel

Se trató de una investigación Descriptiva – Propositiva, porque se ha encargado de buscar especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente se ha pretendido medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, pero su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas (Hernández, 2010, p. 80).

Estas investigaciones, indica Behar (2008) “sirven para analizar cómo es y cómo se manifiesta un fenómeno y sus componentes. Permiten detallar el fenómeno estudiado básicamente a través de la medición de uno o más de sus atributos” (p. 17); esto en razón a que no solamente se ha descrito la problemática existente en cuanto a la aplicación del Art. 374° Inc. 1 del Código Procesal Penal y de manera concordada con el Art. 397 Inc. 2, del mismo cuerpo de leyes.

Además de ello se determinó los efectos de la aplicación de la causa antes indicada y para ello la investigación ha requerido un diseño planeado y estructurado que no solo ha minimizado el error sistemático y maximizado la confiabilidad, sino que también permitió conclusiones no ambiguas sobre los efectos explicados en su forma y contenido detallando las características, contexto, respecto de la problemática de los efectos de la desvinculación de la acusación fiscal. Propositiva en el sentido de se examinará y analizará la información correspondiente del tema a investigar y en ese sentido se ha propuesto los artículos antes mencionados sean modificados.

1.9 Métodos de Investigación

1.9.1 Método Dogmático Jurídico:

Se parte de lo establecido en el derecho objetivo o netamente formal, sin embargo, para el correcto entendimiento, análisis, observación y explicación, será necesario e inevitable hacer uso de la “doctrina, principios e incluso jurisprudencia” (Núñez, 2007, p. 17), teniendo como consecuencia la producción de enunciados capaces de ayudarnos a entender mejor la forma en la que debe ser entendida las variables bajo examen: la desvinculación de la acusación fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el Fiscal, así como la vulneración al principio constitucional del Debido Proceso y el Principio Procesal penal al Juez Imparcial, cuando la pena a imponerse es mayor a la peticionada por el representante del Ministerio Público.

1.9.2 Método Hermenéutico: Para Núñez (2007) “La aplicación de este método permitió la interpretación de la norma a estudiar, sus alcances y las

consecuencias que derivan de su aplicación, además de ello se estudió los principios constitucionales y procesales penales esto con la finalidad de plantear que se deje sin efecto la norma jurídica a estudiar”. P. 17

1.10 Diseño de la Investigación

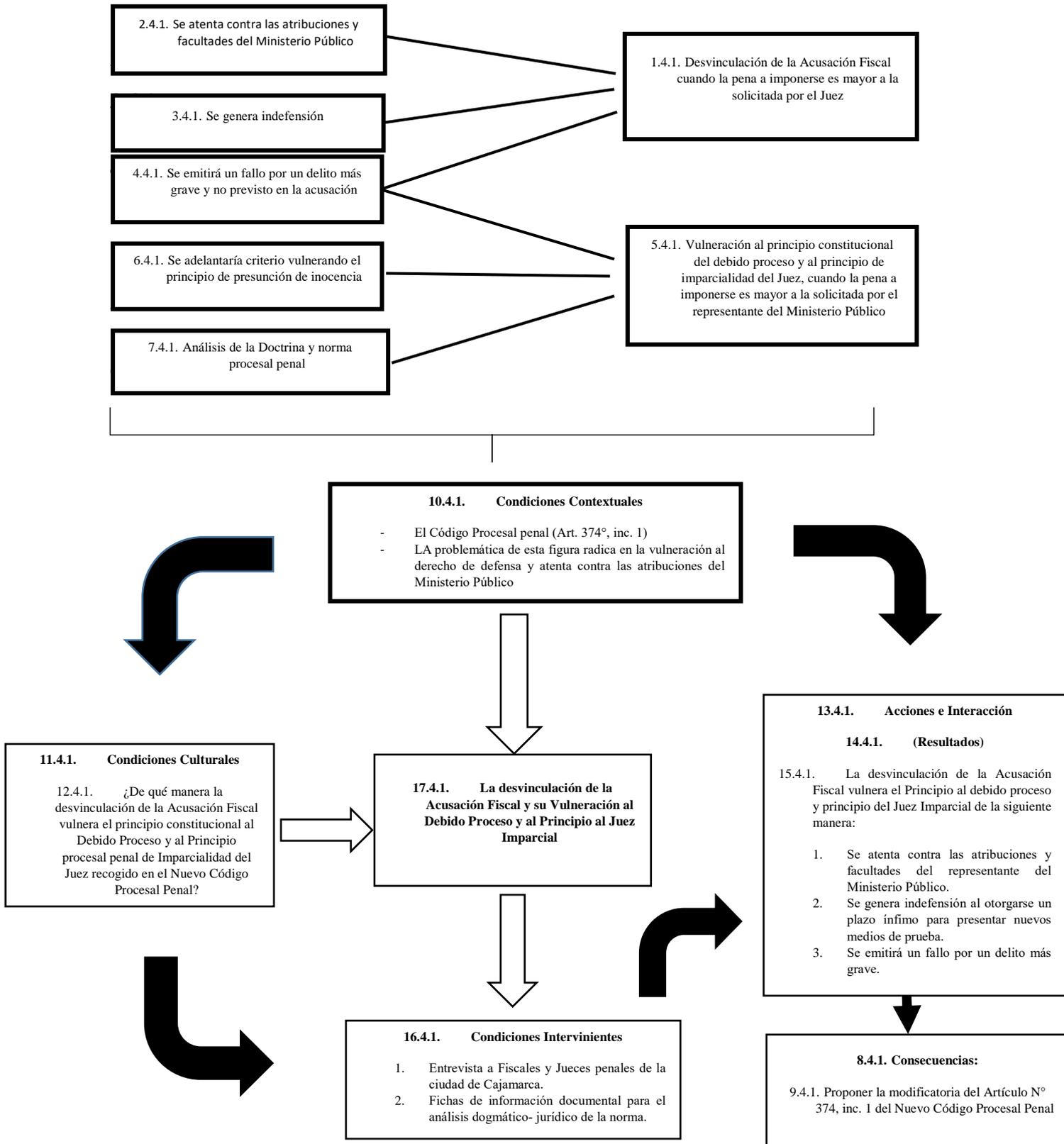
La investigación fue no experimental por cuanto “se realizó sin la manipulación de variables y en los que solo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos” (Hernández, 2010, p. 49). Y Transversal, esto porque “se recolectaron datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 20).

Así mismo, el diseño de la investigación es la teoría no fundamentada, también denominada sustantiva o de rango medio, al respecto Juan Luis Álvarez citando a Cresswel (2003) propone los principios más destacados de la teoría fundamentada radican en su propósito de generar o describir una teoría, la teoría debe enfocarse en la manera en que se interactúa con el fenómeno a estudiar, la teoría deriva de los datos obtenidos mediante entrevistas, observaciones y documentos que será sistemático ya se iniciará desde el momento en que empieza a obtenerse; el análisis de datos incluye la codificación abierta (identificación de categorías, propiedades y dimensiones), la codificación axial (examen de condiciones, estrategias y consecuencias), y la codificación selectiva de la historia emergente. (pp 90-01)

Después de la conceptualización de la investigación desarrollada se describe en el gráfico lo siguiente:

Figura 1: LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU

VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL



1.11 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Se usaron las siguientes:

1) **La observación documental:** El sustento de la investigación es eminentemente documental, esto implica que “la recopilación documental es un procedimiento necesario en todo trabajo de investigación científica. En algunos estudios resulta ser el principal procedimiento, de acuerdo con la naturaleza del problema de investigación” (Zelayarán, 2004, p.214), obtenida la información se realizó un análisis para producir una adecuada descripción del problema y producir una idónea explicación de las razones jurídicas de su emisión.

Entre las fuentes se tiene: escritos formales, manuscritos, cuadros, en general bibliográfico o magnético, que resultaron fundamentales

2) **Entrevistas:** La entrevista fue una técnica de recopilación de información mediante una conversación profesional, con la que además de adquirirse información acerca de lo que se investiga, tiene importancia desde el punto de vista educativo; los resultados a lograr en la misión dependen en gran medida del nivel de comunicación entre el investigador y los participantes en la misma. (Doupovec. 2010, p. 45). La razón de entrevistar a magistrados (jueces y fiscales) fue con la finalidad de poder saber su opinión respecto al problema y la posible solución a este.

3) **Observación.** De acuerdo a lo descrito por Behar (2008), la observación es una técnica de medición no obstructiva, en el sentido que el instrumento de medición no estimula el comportamiento de los sujetos. Los métodos no obstructivos simplemente registran algo que fue estimulado por otros factores ajenos al instrumento de medición. Obtenidos los datos de la realidad y una vez recogidos

podrá pasarse a la siguiente fase: que es el procesamiento de datos; para dar lugar a la obtención de indicadores de estudios que aparecen en forma de preguntas, que servirá para la elaboración de una serie de instrumentos que serán los que, en realidad, requiere la investigación u objeto de estudio. (p. 69)

4) Fichas de observación documental.

Son instrumentos donde se registran la descripción detallada de lugares, cosas, personas, etc., que forman parte de la investigación. (Troya, 2009, p.4) En el desarrollo de la investigación de utilizaron las siguientes fichas:

- a) **De información.** El Investigador tendrá contacto o relación con la fuente de información jurídica deberá necesariamente vaciarse en fichas.
- b) **Ficha bibliográfica.** Se recopiló y se guardó todos los datos suficientes y necesarios de todos los libros, artículos y revistas que se utilizaron para el desarrollo de la investigación.
- c) **Ficha textual.** Esto implicó que realizó la búsqueda de los textos o párrafos referentes al tema, luego de ello se transcribió lo más importante y relevante para la investigación.
- d) **Ficha de trabajo.** Esto implicó que se realizó un análisis, planteamientos, interpretaciones y razonamientos respecto a la información de los documentos, comentarios y críticas referentes al tema esto con la finalidad de analizarlos y plasmarlos en la investigación.
- e) **Ficha comentario.** En la cual se realizó una exégesis de todo lo leído, además de ello formuló una opinión referente al tema.

- f) **Cuestionarios de estudio.** El cuestionario es un conjunto de preguntas diseñadas para generar los datos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación, permite estandarizar e integrar el proceso de recopilación de datos.

Un diseño mal construido e inadecuado conlleva a recoger información incompleta, datos no precisos de esta manera genera información nada confiable. Por esta razón el cuestionario es en definitiva un conjunto de preguntas respecto a una o más variables que se van a medir. El cuestionario puede aplicarse a grupos o individuos estando presente el investigador o el responsable de recoger la información o puede enviarse por correo a los destinatarios seleccionados en la muestra. (Amador, 2009, p. 33).

Esto ha implicado que se realizara preguntas respecto al tema de investigación, con la finalidad de que los expertos puedan emitir sus opiniones, críticas, razonamientos y posiciones, las mismas que han permitido afianzar la posición jurídica.

1.12 Técnicas para el procesamiento y análisis de la información.

En la investigación se analizó la norma procesal que contiene la figura de la desvinculación de la acusación fiscal, luego de ha cotejado con la doctrina nacional e internacional, además se recurrió a los especialistas que administran justicia y que por la labor que desempeñan están en constante actualización en cuanto al tema objeto de investigación. Reunida toda la información, comentarios y posiciones doctrinarias se procedió al análisis correspondiente en cuanto a la identificación de los principios vulnerados.

1.13 Aspectos éticos de la investigación

La investigación se desarrolló dentro del campo jurídico, relacionado a la vulneración de los principios constitucionales y procesales, donde se garantiza el no plagio, así como la reserva de las personas que intervienen en los casos.

González (2000) nos manifiesta que, como estudio de la moral, la ética es, ante todo, filosofía práctica cuya tarea no es precisamente resolver conflictos, pero sí plantearlos (...) Tanto el ejercicio de la investigación científica y el uso del conocimiento son conductas éticas en el investigador y el maestro. (pp.5-6).

La investigación cualitativa reconoce la subjetividad de los sujetos como parte constitutiva de su proceso indagador. Ello implica que las ideologías, las identidades, los juicios y prejuicios, y todos los elementos de la cultura impregnan los propósitos, el problema, el objeto de estudio, los métodos e instrumentos. Forman parte incluso de la selección de los recursos y los mecanismos empleados para hacer la presentación y divulgación de los resultados e interpretaciones del estudio. Las implicaciones de esta condición tienen grandes consecuencias. (González.2000. p.7)

Es por la complejidad que abarca una investigación cualitativa, que se ha tenido cuidado en el contenido y se ha tomado en cuenta la ética para poder ser neutrales y respetuosos en la investigación.

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO

El desarrollo de la investigación en cuanto a la aplicación de la figura procesal denominada Desvinculación de la Acusación Fiscal, no ha sido desarrollada de manera doctrinaria, sino únicamente se ha escrito artículos a manera de comentarios, en los que se desarrolla las implicancias que se tiene en su aplicación.

Dada la necesidad de estudio de tema antes mencionado, se procedió a realizar las investigaciones correspondientes a fin de encontrar la doctrina, jurisprudencia, casuística, proyectos de investigación como tesis u otros, que puedan dar mayor sustento y apoyo jurídico en lo que respecta la vulneración de derechos y principios que conlleva la aplicación de la desvinculación de la acusación fiscal.

En esa búsqueda, se han encontrado las teorías que sustenta a la investigación entre ellas el proceso penal, en el cual se desarrolló su conceptualización y también se desarrolló los sistemas sobre los cuales se desenvuelve el proceso penal peruano. También ha estudió las bases teórico jurídicas y la definición de términos básicos con lo cual permite entender de manera clara el tema investigado.

2.1 Antecedentes de la investigación

Se revisó la vasta gama de tesis que se encuentran en la Biblioteca de la Universidad Antonio Guillermo Urrelo y de la Universidad Nacional de Cajamarca obteniendo resultado negativo, relacionado al tema a tratar.

De la revisión en la Biblioteca virtual de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, se encontró la tesis, elaborada en el año 2017, denominada: “Hacia la Justificación Constitucional de la Figura de la Desvinculación en el Proceso Penal”, el cual toca el tema de la Desvinculación de la Acusación Fiscal desde una perspectiva constitucionalista, es decir si esta figura procesal encuentra su justificación en la Carta Magna de 1993.

De manera general se procedió a la búsqueda en las Bibliotecas Virtuales de las Universidades prestigiosas de este país y no se encontró alguna investigación que haya versado sobre la temática desarrollada en la investigación, por lo que se puede concluir que es una investigación novedosa, empero, ello constituye una mayor motivación para los autores. Sin embargo, si se cuenta con Jurisprudencia, artículos y comentarios que darán un mayor aporte dogmático a la presente.

2.2 Teorías que sustentan la investigación

Se ha desarrollado las siguientes teorías sobre las cuales se ha basado la presente investigación las mismas que serán en sentido transversal, esto implica que la investigación tiene como soporte al Derecho Procesal Peruano, en ese sentido, se ha mencionado los sistemas sobre los cuales se ha desenvuelto el proceso en sí, la teoría del proceso, el Proceso Penal Peruano y sus etapas.

En el año 2004 el sistema procesal penal tubo una reforma general, dándose paso a un nuevo sistema acusatorio-adversarial, dejando atrás el sistema inquisitivo que por muchos años había sido operado, este cambio se fundamenta principalmente a

ajustarse a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El sistema Adversarial; “parte de la marcada distribución de las funciones entre la policía, los fiscales y los abogados investigan (en un contexto de igualdad de armas) ...”; y el Sistema Acusatorio “propone una visión algo distinta del proceso penal y del modo en que se distribuyen las funciones de obtención y presentación de la evidencia, acusación, determinación de la responsabilidad penal e individualización de la pena. La Fiscalía se encuentra a cargo de la formulación de cargos contra el imputado, los abogados- incluyendo el acusador- presentan la evidencia, a partir de la cual el Juez decide la responsabilidad o inocencia del imputado determinando la pena aplicable” (Alfaro, 2015, p. 22)

Dentro de la reforma procesal de corte acusatorio han surgido cambios profundos no solo en su organización, sino también en las funciones de las instituciones directamente vinculadas con el proceso penal como son el Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría de oficio y de la Policía Nacional. Delimitando sus funciones, obligaciones y deberes de las entidades y de los justiciables; remarcando claramente también las etapas del proceso que empieza por la investigación Preliminar, Investigación Preparatoria, la etapa Intermedia y la etapa de Juzgamiento, brindando sus respectivos plazos en los que el titular de la acción penal puede realizar las investigaciones a fin de aportar al proceso las pruebas de cargo y de descargo, en mérito a ello es que un caso puede llegar hasta la etapa de juzgamiento.

2.2.1 Teoría del proceso.

A manera de conceptualización basada en la Teoría del Proceso civil, del cual el proceso penal sigue la misma línea, Gálvez (1996) precisó: que el proceso está referido al conocimiento de las normas de conducta para actuar delante de los jueces, el proceso o el derecho procesal no se encarga del estudio de una determinada norma procesal o de una determinada institución. Su objeto de estudio son aquellos temas o instituciones que configuran universalmente el concepto proceso como expresión única, común y homogénea. (p. 55)

Debe entenderse al proceso como al procedimiento regulado por un conjunto de normas que establecen a los intervinientes, la competencia, la jurisdicción y director del proceso.

También, debe entender a la teoría del proceso como al conjunto de conocimientos destinados a la comprensión de la disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado, encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto a su solución. (Gálvez, 1996, p.56).

2.2.2 Teoría del Proceso Penal.

Después de haberse mencionado al proceso, debe entenderse al proceso penal como: al conjunto de normas y principios jurídicos concatenados a solucionar conflictos originados por el delito; esclarecer quien es el responsable de su comisión y la sanción a aplicarse; ello implica que la persona que esté sometida al proceso penal tenga garantizado sus derechos (Gálvez, 1996,

p.57).. Actualmente en el Perú existen dos modelos de proceso penal como son el modelo inquisitivo y un modelo de corte acusatorio – adversarial.

2.2.2.1.El modelo inquisitivo. para Neyra (2010) “la palabra inquisición deriva del verbo latino inquirir que significa averiguar, preguntar, indagar. La utilización de este sistema es propia de los regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios, se la relaciona con la Roma imperial y el Derecho Canónico (p. 23). Siguiendo otra opinión, se entiende a este Sistema Inquisitivo como al proceso en el cual las funciones de acusación y de enjuiciamiento se encuentran reunidas en una sola persona, frente a la cual el individuo está en una posición de inferioridad (Cubas 2009, p. 26).

Este sistema tiene las siguientes características (Salmon, 2010, p. 17): es en donde 1) El juzgador es un técnico. 2) El juzgador es un funcionario designado por autoridad pública, 3) El juzgador representa al Estado y es superior a las partes, 4) Aunque el ofendido se desistiera, el proceso debe continuar hasta su término, 5) El juez tiene iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar.

En cuanto a la prueba, su ubicación, recepción y valoración, es facultad exclusiva del juez, 6) Se otorga un valor a la confesión del reo, llamada la reina de las pruebas, 7) El juez no llega a una condena si no ha obtenido una completa confesión, la cual más de una vez se cumplió utilizando los métodos de la tortura, 8) Todos los actos eran secretos y escritos. Como es de verse este sistema se regía únicamente bajo la dirección del juzgador.

2.2.2.2. Modelo acusatorio – adversarial. En algunos distritos fiscales y judiciales del Perú, se viene aplicando este nuevo modelo; “siendo que el nombre del sistema se encuentra justificado por la importancia que en aquel adquiere la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio”. (Neyra, 2010, p.60).

Como era de esperarse este sistema tiene diferencias al sistema inquisitivo, pues como lo menciona Cubas (2009) las funciones del Juzgador, en el sistema inquisitivo, dentro de la acusación y enjuiciamiento se encuentran concentradas en una misma persona representante del poder estatal, en el sistema acusatorio no podía darse el proceso penal sin la presencia de un ciudadano que actuaba como representante de la sociedad ofendida por el delito, pero se reconoció el derecho de defensa, en primer lugar personal y después por medio de abogado. La falta de acusación dejaba el delito impune. (p. 24)

Las diferencias más importantes entre estos dos sistemas, de acuerdo a lo mencionado por Cubas (2009) son los siguientes:

a) En el sistema inquisitivo, el acusado era separado de la sociedad mediante la prisión preventiva, la ubicación, recepción y valoración de las pruebas era facultad del Juez; es el Juez quien va a dirigir el proceso lo cual implica que está facultado para abrir instrucción, acusar y decidir; durante el juicio no existe la etapa contradictoria, el derecho a la defensa se encuentra restringido y la instrucción es escrita y secreta.

b) En el sistema acusatorio la libertad del acusado era respetada hasta que se dicte sentencia; el aporte de las pruebas al proceso era carga exclusiva de las partes; el Juez es popular y recusable y asume un rol pasivo durante el juicio; la etapa contradictoria del juicio se realiza con igualdad absoluta de derechos y poderes entre acusador y acusado.

2.2.3 Teoría de la Acción Penal

Esta teoría implica “la necesidad de garantizar la imparcialidad del juzgador impidiendo que actúe de oficio, sino a instancia y por iniciativa de las partes procesales” (San Martín, 1999, p. 217).

La Constitución Política del Perú, establece en el inc. 3 del Art. 139, el derecho a que toda persona puede recurrir a los entes de justicia a obtener tutela jurisdiccional efectiva, siguiendo para ello el debido proceso regido por sus principios.

Asimismo, y desde otra perspectiva, el numeral 159, en sus incisos 1 y 5, de la Ley Fundamental atribuye al Ministerio Público como misión sustancial la promoción, de oficio o a petición de parte, de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y, como encargo específico en materia de persecución penal, el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

2.2.4 Principios constitucionales. - Los principios constitucionales suelen definirse como "las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento

jurídico" (Arce y Rores-Valdez, 1990, pág. 79). Y los principios que se van desarrollar se encuentran regulados en el Art. 139 y 159, de la Constitución Política del Perú.

2.2.5 Principios procesales en el sistema penal. - Se encuentran recogidos en el Título Preliminar del Código Procesal Penal y son como valores fundamentales destinados a promover la constitucionalización del proceso penal. Todo esto en la medida en que la actuación de los órganos públicos no puede rebasar el límite marcado por aquellos (Peña, 2012, p. 22)

2.3. Bases Teórico-Jurídicas.

2.3.2. La desvinculación de la acusación fiscal establecida en el artículo 374 inc. 1 del nuevo código procesal penal peruano.

El tema de la desvinculación de la acusación fiscal, tiene su origen en el Código de Procedimientos Penales, regulado en el Art. 285-A, el mismo que indicaba: “en la condena no podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia...”, entendido por tal motivo como la facultad que tenía el jugador de variar la calificación jurídica del supuesto de hechos del representante del Ministerio Público, consiguientemente se emitía una pena en base a la nueva calificación legal.

Es así que se formuló el Principio de Determinación Alternativa; requiriendo la existencia de cuatro requisitos básicos: a) Homogeneidad del bien jurídico, b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas, c)

Preservación del derecho de defensa, c) Preservación del derecho de defensa, d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos al momento de realizar la adecuación al tipo. (González, 1996, p. 30).

Figura procesal que, en el Código Procesal Penal, se encuentra regulado en el Art. 374 inc. 1 en concordancia con el Art. 397 inc. 2, en la que se establece que el órgano Jurisdiccional tiene la facultad de variar la calificación jurídica; la problemática de la aplicación de la desvinculación penal se debe a que afecta el principio acusatorio, el principio de imparcialidad, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

La desvinculación de la acusación fiscal, faculta al Juez o Colegiado, antes de culminar la etapa probatoria, variar el tipo penal, para ello actualmente se exige el cumplimiento de dos requisitos, para el autor Linares, (2009), son los siguientes: “La Identidad Subjetiva, es decir que la nueva calificación involucre a las mismas partes que fueron consideradas al iniciarse el proceso, y en segundo lugar se encuentra la Identidad Objetiva o Identidad Fáctica referente a la inmutabilidad del hecho materia de juzgamiento, el mismo que no puede cambiar sustancialmente.” (p. 2)

En base a lo anteriormente indicado, el mismo autor, indica que una mala calificación jurídica del supuesto fáctico objeto del proceso penal puede generar múltiples consecuencias negativas como la impunidad del hecho ilícito cometido, la irreparabilidad del daño causado a la parte agraviada, y por ende el menoscabo del valor justicia como lineamiento general del Derecho. (p. 2)

Asimismo, en palabras de Linares, existe la posibilidad de que el Juzgador absuelva a una persona, en base a que su conducta criminal no fue subsumida correctamente en la hipótesis penal pertinente, y más bien fue encuadrada en una figura delictiva que no ameritaba juzgamiento alguno. Sin embargo, tampoco el Juzgador puede excederse y elaborar calificaciones sorprendidas que perjudiquen las estrategias de defensa de la parte acusada, pues al no tener el imputado la posibilidad de conocer clara y específicamente los cargos en su contra, no podría hacer uso efectivo de su derecho a contradecir las imputaciones, afectándose gravemente su derecho a la defensa.

Sostener lo contrario significaría el fomento de un proceso penal caótico en donde las personas que acudan en calidad de denunciados o acusados no sabrían sobre qué base normativa se les está procesando, generándose un estado de inseguridad totalmente contrario a las reglas que rigen un Estado Constitucional de Derecho, por ende, también se afectaría el principio de seguridad jurídica.

2.3.3. La vulneración del Principio al Debido Proceso respecto a la desvinculación de la Acusación Fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el Fiscal.

Respecto a la vulneración de este principio, es de indicarse que constituye una afectación severa al derecho constitucional de toda persona que se encuentra inmersa en un proceso, y que por lo tanto en ninguna manera deberá verse mellada. Al respecto, el Tribunal Constitucional, dentro del Caso César Humberto Tineo Cabrera (2002) estableció lo siguiente:

18. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución. En virtud de él se garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal derecho, considera el Tribunal, no fue respetado en el caso de autos. En efecto, al variarse el tipo penal por el que venía siendo juzgado el actor, conforme se ha expuesto en el primer párrafo de este fundamento, se impidió que el actor pudiera ejercer, eficazmente, su defensa, en tanto esta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que, aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio.

19. Como ha recordado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1231-2002-HC/TC, en materia penal, el tribunal de alzada no puede pronunciarse más allá de los términos de la acusación penal, a fin de no afectar el derecho de defensa y al debido proceso. Y es que, considerados conjuntamente, tales derechos garantizan que el acusado pueda conocer de la acusación formulada en su contra en el curso del proceso penal y, de esa manera, tener la posibilidad real y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan; pero también que exista congruencia entre los términos de la acusación fiscal y el pronunciamiento definitivo del Tribunal superior, pues de otro modo se enervaría la esencia misma del contradictorio, garantía natural del proceso judicial y, con ello, el ejercicio pleno del derecho de defensa del acusado.

El derecho a la defensa forma parte del derecho al debido proceso, el Tribunal constitucional, en el caso en mención deja claramente indicado que, en el seno de un proceso judicial, no puede variarse el tipo penal,

puesto que deja en indefensión al acusado, impidiendo su derecho al contradictorio, lo cual constituye una garantía natural del debido proceso.

2.3.4. La vulneración del Principio al Juez Imparcial respecto a la desvinculación de la Acusación Fiscal cuando la pena a imponerse es mayor a la solicitada por el Fiscal.

Dentro del sistema procesal peruano el Principio de Imparcialidad forma parte del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, la imparcialidad del juez se manifiesta como “una expresión del derecho humano al debido proceso”. (Becerra, 2013, p. 76)

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que, el derecho al juez imparcial es un derecho fundamental implícito que se fundamenta a partir del principio de dignidad humana y del modelo de estado democrático de nuestro Estado, colocándolo de modo inmediato como una expresión del debido proceso.

En ese sentido el derecho al debido proceso implica que “toda persona tiene derecho a ser juzgado por un Juez Imparcial, derecho que se encuentra tipificado en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido al Tribunal Constitucional a reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. (Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía De Exploraciones Algamarca S.A., 2006)

Si un juez adelanta opinión sobre aquello que debe resolver, evidentemente ha quebrantado el principio de imparcialidad. Cabe recordar lo que la Corte Suprema ha indicado (R. N. N° 519-2012- Caso Cecilia Chacón de Vettori) que, si los jueces realizan valoración respecto a la responsabilidad penal de aquel acusado antes de dictar sentencia, significa adelanto de opinión y, por ende, la imparcialidad objetiva no está garantizada para seguir conociendo el proceso.

Por tanto, cuando el Juez se identifica con alguno de los intereses en juego, que entre otros supuestos, por ejemplo, si adelanta juicio de valor, el Tribunal Constitucional ha precisado que dicho proceder inclina la balanza de la justicia: “dicho proceder (...) inclina la balanza de la justicia hacia una de las partes (agraviada) lo cual se traduce en una grosera afectación del derecho de la recurrente a ser juzgada por un órgano jurisdiccional imparcial, viciando de este modo la pulcritud jurídica con la que se debe tramitar un proceso, más aún uno de naturaleza penal en la que está en riesgo un bien jurídico tan trascendental para el ser humano, esto es su libertad (...)” .(Becerra, 2013, p. 68).

Todo hecho que ya se encuentre en la etapa de enjuiciamiento, implica que ha sido saneado en todos sus extremos, por lo tanto, en la fase final está imposibilitado para ser modificado, al respecto la desvinculación de la acusación por parte del Juzgador quien es el que finalmente emitirá un fallo, ponen en entredicho la imparcialidad del Tribunal.

2.4. Definición de términos básicos

En la presente investigación se encuentran la siguiente terminología:

2.4.1. Desvinculación de la acusación fiscal. La desvinculación de la acusación fiscal implica que el Juez está en la facultad de apartarse de la propuesta de la tipificación del requerimiento de acusación planteada por el fiscal. Es además “el mecanismo procesal mediante el cual se realiza una readecuación de la calificación jurídica del acto ilícito que se persigue en el proceso. El juez o el tribunal varían la calificación jurídica realizada por el fiscal y establecen la calificación que corresponda según los elementos fácticos comprobados” (Castillo, 2010, p. 346). Esto encuentra sustento en el Acuerdo Plenario N° 04-2007-CJ/116, en el que se menciona además de la facultad del Juez, que la norma procesal impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en base al Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, ha indicado que la desvinculación es una institución del proceso penal destinada desde un punto de vista instrumental, a conjurar o remediar casos excepcionales al principio acusatorio, derivados de un requerimiento fiscal de acusación constreñido por un error de calificación inicial que actúa como camisa de fuerza o corsé jurídico, impidiendo una adecuación típica del principio de corrección normativa del juicio de tipicidad inicial, en aplicación de un rigor técnico-legal a que está obligada la sale de mérito para el esclarecimiento del hecho, de sus circunstancias y de la participación criminal efectiva de los imputados.” (Sentencia de Casación , 2016)

2.4.2. Debido proceso. Considerado una garantía constitucional de la administración de justicia y por ende tiene su fundamento en la Constitución Política del Perú exactamente en el Inc. 3 del Art. 139°, que expresa: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”, en ese sentido la doctrina y la jurisprudencia nacional han convenido en que el debido proceso indicando que es: “un derecho fundamental de toda persona peruana o extranjera natural o jurídica, y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional”

En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia que se traducen a otros derechos como el derecho a la presunción de inocencia, derecho a la información, derecho de defensa, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a declarar libremente, derecho a la certeza, *in dubio pro reo*, derecho a la cosa juzgada. (Landa, 2001).

2.4.3. Imparcialidad. Según el Diccionario de la Real Academia Española, deviene del vocablo “imparcial”, que significa: Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo que permite juzgar o proceder con rectitud. Implica una manifestación de la independencia, definida por nuestro código como el que juzga o procede con imparcialidad;

que incluye o denota imparcialidad. También denota como recto, justo y equitativo.

2.4.4. Principio del Juez Imparcial. Este principio constitucional y el derecho de todo proceso es entendido, como tal, “la regulación de un proceso donde la ley le imponga al juez, que le brinde a las partes las mismas oportunidades y ayuda para practicar, asegurar y descubrir las pruebas, sin que pueda parcializarse, ni siquiera a favor de la parte más débil (si las partes no estén capacitada, no es problema de la ley procesal, ni del juez, ya que la negligencia o impericia profesional, debe generar responsabilidades patrimoniales, que deberán ser objeto de solución por los colegios de abogados, pero no ser la excusa para proferir fallos torticeros o acomodados)”. (Canosa, 2011, p. 47).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, respecto del principio de imparcialidad, dispone:

"Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 374 INC. 1 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

En este capítulo se analizó la institución de la desvinculación de la acusación fiscal, recogida en el artículo 374 inc. 1 del Código Procesal Penal Peruano; sin embargo, para abordar dicha figura procesal, debe partirse del análisis del Derecho Procesal Penal, sus características, objetivo y finalidad, continuando con el Proceso Penal, diferenciando entre proceso y procedimiento, estableciendo su concepto, objeto y finalidad.

El estudio de los sistemas procesales se realizó con la finalidad de poder entender el papel que desarrollan cada uno de los sujetos procesales, entender cuáles son sus derechos y obligaciones, entender la posición que ocupan, entender el desarrollo secuencial de cada proceso, donde tuvo su origen y cuál es su finalidad; de igual manera se ha determinado las diferencias entre los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, para finalmente realizar un análisis sobre la desvinculación de la acusación e indicar la etapa del proceso en la que se aplica la figura indicada.

También se hizo mención a la cuna que contiene la figura procesal Desvinculación de la Acusación Fiscal, con la finalidad establecer los presupuestos sobre los cuales se aplicó desde sus inicios y sus diversas modificaciones y que implicancia tiene en la afectación de los derechos de los acusados en cada sistema.

3.1. Derecho Procesal Penal.

De manera conceptual, el maestro Oré Guardia (2016) señal que: “El Derecho procesal penal contiene dos aspectos fundamentales: uno relativo a la parte dogmática, que comprende el análisis, sistematización y crítica de los principios y categorías procesales, y otro relativo al conjunto normativo que regula el proceso penal. El primero tiene una perspectiva científica; el segundo una perspectiva normativa.” (p. 10)

Atendiendo a lo señalado, podemos definir el Derecho procesal penal como la rama del Derecho público interno encargada del estudio de los principios, instituciones y normas jurídicas que regulan la actividad procesal destinada a la aplicación de la ley penal.

Por su parte, Maier (2009) define al derecho procesal penal como “la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad.” (p. 112)

Mixán (2010) define al Derecho procesal penal como “una disciplina jurídica especial encargada de cultivar y proveer los conocimientos teóricos y técnicos necesarios para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas jurídicas procesales penales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un procedimiento penal, que a su vez, según la verdad concreta que se logre, permitan al juez penal determinar objetivamente e imparcialmente la concretización o no del ius puniendi”(p. 10)

Contando con algunas características propias; como son:

- a. **Es instrumental**, en tanto constituye el medio de actuación del Derecho penal sustantivo. En ese sentido, Asencio (2012) sostiene que el Derecho procesal penal carece de sentido “si no se pone en relación con una situación de necesidad de protección jurídica invocada por las partes litigantes para lograr la efectividad de los derechos reclamados”. (p. 27)

Sin embargo, no se puede concebir al Derecho procesal penal solo como un instrumento, puesto que tiene una finalidad propia que consiste en solucionar conflictos. Así, Binder (2010) sostiene con mucha propiedad que la finalidad del Derecho procesal penal no se agota en ser un instrumento del Derecho penal, pues ello da una visión reduccionista de esta disciplina. A su entender, el Derecho procesal penal es una herramienta que sirve para solucionar conflictos de diferentes maneras según las valoraciones dominantes de una sociedad determinada y en una época también determinada. (p.41)

- b. **Es una disciplina científica autónoma**, “pues si bien tiene una correlación con el derecho sustancial, se desenvuelve independientemente de este. Además, su autonomía se fundamenta en que tiene principios rectores exclusivos, y un objeto de conocimiento y método de estudio propios”. (Olmedo, 2010, p. 17)

- c. **Es público**, puesto que sus normas son imperativas y no existe la posibilidad de que el interés privado de las partes predomine para determinar el procedimiento (no es convencional). “Es de carácter público, además, porque regula la actividad jurisdiccional del Estado para la efectiva realización de la justicia; de esta manera, se mantiene la convivencia social pacífica, resolviendo los conflictos derivados del delito,

la calidad de orden público de una norma o instituto incide directamente en la disponibilidad, o no, que las partes o el mismo tribunal pueden tener respecto de ella. Las de ese carácter no pueden ser dejadas de lado, son de cumplimiento obligatorio”. (Monn, 2011, p.15)

El objeto y finalidad del Derecho Procesal Penal, a razón del maestro Oré Guardia (2013) es:

- a. El conjunto de normas que regula el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en ese sentido Alsina (2013) señala que “El estudio del Derecho procesal penal comprende la organización del Poder Judicial y la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran, y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso” (p. 35)
- b. El conjunto de principios que rigen el proceso penal, y;
- c. El conjunto de instituciones pertenecientes al ámbito procesal penal.

Y la principal finalidad es para Oré Guardia (2013), “garantizar el ejercicio legítimo del ius puniendi por parte del Estado. Dicho ejercicio será legítimo, en tanto se preserven los derechos fundamentales de todas las personas inmersas en el proceso penal.” (p.15)

Por ello, la finalidad del Derecho procesal penal trasciende el proceso y se aboca a elaborar mecanismos que aseguren la tutela jurisdiccional efectiva a través del cumplimiento de las pautas del debido proceso y demás garantías consagradas en la Constitución.

Las fuentes que rigen el Derecho Procesal Penal son dos y se distinguen entre fuentes materiales y las fuentes formales; las primeras son el conjunto de factores

o elementos de diversa índole que determinan o –al menos- influyen en la dación o la producción de las normas. Estos factores pueden ser de carácter social, económico, cultural, etc (Torré, 2009, p. 312); mientras que las segundas son el conjunto de normas jurídicas, con fuerza de ley, producidas por los órganos estatales competentes (Maynes cita por Torr , 2009, p.313); y el sistema jurídico peruano se rige por el principio de legalidad procesal, esto es, que todo acto procesal debe estar previamente establecido por ley, solo haremos referencia a las fuentes formales del Derecho procesal penal y son:

- a. **La Constitución.** Es la norma fundamental del Estado en la que se regulan los derechos y libertades que un Estado garantiza a todo ciudadano, por cuanto contiene las disposiciones jurídicas, principios, derechos y garantías que inspiran y regula las relaciones jurídico-procesales. En este sentido Maier (2008) sostiene que la Constitución contiene “reglas de orientación política que determina el sistema de enjuiciamiento penal y el contenido fundamental de las normas procesales penales propiamente dichas” (p. 123).
- b. **La Ley.** Es aquella regla jurídica de carácter positivo que ha sido dictada explícitamente por el poder estatal (Aragoneses, 2008, p. 56). Es considerada como la principal fuente del Derecho procesal penal, dado que, conforme al principio de legalidad, todos los actos procesales deben estar previamente regulados por ley.
- c. **Los tratados y convenios internacionales.** Son tratativas normativas de carácter internacional, reconocidos por un país en el marco del acuerdo entre Estados, que tienen dentro de sus principales objetivos garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos humanos. Forman parte del derecho nacional en virtud del artículo 55 de la Constitución de 1993.

3.2. El Proceso Penal.

El proceso penal es la sucesión de actos procesales, previamente establecidos por ley, que están dirigidos o encaminados a aplicar el ius puniendi mediante la emisión de una sentencia que ponga fin al conflicto sometido al órgano jurisdiccional. (Guillén, 2009, p. 387).

Debe entenderse que los actos procesales, según Fenech (2009) deben ser realizados de manera dinámica, desde el primer acto hasta el último, puesto que el primero es requisito del segundo y así sucesivamente hasta finalizar el proceso. Además, estos actos deben realizarse cumpliendo las exigencias y formalidades que la ley procesal exige. (pp. 216-217).

Al haber establecido la finalidad del proceso, debe indicarse ahora la importancia del mismo, en ese sentido Dinamarco (2009) indica que es mediante el proceso el único medio legítimo que tiene el Estado para ejercer su potestad punitiva. Adicionalmente a ello, el proceso posee un valor social ya que sirve para debilitar la confrontación o reducir el conflicto ente las personas, en la medida que estas están obligadas a canalizar –a través del proceso- sus pretensiones antagónicas y a comportarse según las normas del procedimiento. (pp. 221-223).

El Objeto del proceso penal, para un sector de la doctrina estaría conformado por la pretensión punitiva, la cual aparece al momento que el titular de la acción – Ministerio Público- emite la acusación. La pretensión punitiva es concebida como la declaración de voluntad emitida por el acusador, mediante la cual se solicita al órgano jurisdiccional la aplicación de una pena para el acusado. Dicha pretensión está conformada por los hechos, la persona acusada, la petición de pena y la calificación jurídica, en esta línea de pensamiento tenemos a Asencio

(2003), Baumann, Fenech, Gimeno Sendra, Lorca Navarrete, San Martín Castro (2003, p. 34).

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina, que considera que el objeto del proceso penal está constituido por un elemento subjetivo, la persona imputada, y un elemento objetivo, el hecho punible. Del Río Ferretti, señala que: “el objeto del proceso no puede estar constituido por todo el contenido de la acusación como si fuera una pretensión punitiva, sino exclusivamente por aquella parte de su contenido que (...) se limita al contenido factico de la acusación (...) (2009, p. 3)

Entonces, siendo ello así, el objeto del proceso penal es el tema que será materia de discusión en el proceso, por parte de los sujetos procesales, y sobre el cual se pronunciará o resolverá el órgano jurisdiccional.

La determinación del objeto del proceso penal, además de ser uno de los temas de más enjundia del Derecho procesal penal, constituye una materia de gran importancia y enorme trascendencia en la práctica de los tribunales (Ferretti, 2009, p.4). Ello se debe a que el objeto, como bien señala Maier, cumple varias tareas o funciones:

- “a) precisa, más o menos certeramente, los límites del conocimiento judicial y, sobre todo, de la sentencia, en homenaje a otro principio fundamental, cual es, el de asegurar una defensa idónea para el imputado;
- b) designa el ámbito de aquello que es justiciable, la Litispendentia y, con ello determina una de las aplicaciones prácticas, en nuestro derecho, del principio ne bis in ídem, comprendido como poder de clausura de una persecución penal sobre otras que pudieran versar sobre el mismo hecho;
- c) determina la extensión de la cosa juzgada y, con ello, el ámbito de valor de la sentencia para el futuro; constituye un resultado práctico, asimismo,

de la máxima *ne bis in ídem*; d) influye, también, en los criterios que fijan los posibles fundamentos de las decisiones sobre la admisibilidad de la prueba (pertinencia), ya que sirve de núcleo para establecer los criterios sobre admisibilidad e inadmisibilidad de los medios de prueba.” (2004, p.31).

Las teorías que se han elaborado con respecto al elemento objetivo “hecho punible” son:

- a. **Teoría naturalista**, presenta dos modalidades, desarrollando estas teorías Mellado (1991), precisó que: **la teoría relativa al hecho**, que el objeto del proceso penal no es el hecho que viene afirmado por la acusación o la sentencia, sino que radica en una parte de la vida del acusado y la **teoría relativa a la voluntad**, es cuando la voluntad lo que permite identificar ese acaecer real. Por lo tanto, el hecho será el mismo siempre que la voluntad del acusado haya sido la misma; esta teoría postula que el hecho no viene afirmado por la acusación ni por la sentencia, sino que es un hecho histórico, un trozo de la vida real que debe estar alejado de toda valoración jurídica, esto es, sin referencia a un tipo o figura delictiva. (pp. 72-76)
- b. **Teoría normativista**, sostiene que el hecho no viene configurado únicamente por criterios naturales, sino también –y de manera principal- por criterios jurídicos. Conforme a esta teoría, estaremos ante un mismo hecho siempre que exista identidad –total o parcial- en los actos de ejecución que recoge el tipo penal, bien que, aun sin darse aquella, el bien jurídico protegido sea el mismo. (Mellado, 1991, pp. 76-85).

Las principales características del objeto del proceso penal, son:

- a. **La inmutabilidad**, que significa que el hecho por el que se inició la investigación no puede ser alterado sustancialmente; siendo posible únicamente su perfeccionamiento, conforme a la delimitación progresiva, así Montero (1997), señala que debemos entender por alteración “sustancial” del hecho aquella modificación que provoca la configuración de un tipo penal distinto al sostenido durante la investigación, siempre que genere un estado de indefensión en el imputado respecto del nuevo tipo penal. Consecuentemente, estamos ante una alteración sustancial del hecho cuando esta determine la aparición de un nuevo objeto procesal. (p. 135)
- b. **La indivisibilidad**, esto es, que el hecho debe conformar el objeto del proceso tal como ocurrió en la realidad, con todas sus circunstancias y todos los actos que lo componen, recayendo en el Ministerio Público la obligación de reunir todos los elementos que tengan relevancia jurídica. (Aroca, 1997, p 135).
- c. **La indisponibilidad**, establece que el objeto no es disponible para ninguno de los sujetos procesales en el proceso (acusador, acusado, etc.).

Por último, resulta de vital importancia establecer en qué momento queda delimitado el objeto del proceso penal, dado que será a partir de allí que el órgano jurisdiccional quedé vinculado, al respecto Guardia (1999), considera que el objeto tiene una delimitación progresiva o paulatina a lo largo de todo el proceso (P. 252). Pues desde la formalización de la investigación preparatoria (art. 336 CPP 2004) se va a delimitar el objeto al concretizarse la imputación de un hecho delictivo a una persona. Posteriormente, con la acusación escrita (art. 349 CPP 2004), se fija más rígidamente el objeto del proceso penal. De hecho, será esta

imputación la que establezca los límites del debate en juicio oral y, asimismo, de la sentencia.

No obstante, lo señalado, se permite cierta transformación limitada del objeto establecido en la acusación, a efectos de agregar nuevas circunstancias relativas al mismo hecho contenido en la acusación que antes eran desconocidas y surgieron en el debate; este acto se denomina ampliación de la acusación (Maier, 2004, pp. 36-37), pero ello es formulado por el Fiscal (art. 374.2 CPP 2004). Finalmente, el objeto del proceso quedará delimitado o determinado definitivamente con los alegatos de clausura (art. 387 CPP 2004), lo cual implica que ya no se puede incluir hechos o circunstancias adicionales.

El proceso penal, busca alcanzar diversos fines, y la doctrina ha clasificado ello en dos categorías; un fin general y otro específico; el primero se identifica con aquel objetivo remoto que persigue todo proceso, que es la resolución de conflictos. Sobre el particular, refiere Maier (2004) que la sentencia es un acto de autoridad que permite solucionar un conflicto social concreto y, de esta manera, impedir que los conflictos sean solucionados de manera arbitraria por los portadores de los intereses contrapuestos (p. 148-149), por su parte Binder (2000) sostiene que la “la finalidad del proceso no es castigar, sino solucionar, pacificar la sociedad, y solo cuando eso no puede ser logrado es que el castigo aparece y puede tener justificación.” (p.115).

Y el fin específico del proceso penal, como lo han establecido Olmedo, entre otros, se identifica con la aplicación de la ley penal al caso concreto (p. 112). En efecto, todo proceso penal sirve esencialmente para la actuación, en un caso particular, de la ley penal sustantiva, la cual no contiene más que previsiones abstractas; esto es investigar si el hecho que se considera como delito –enunciado

fáctico sostenido por el acusador- ha sido cometido por el acusado, y en qué calidad, para posteriormente declarar la responsabilidad penal del acusado, determinando las consecuencias penales que en la ley están indicadas sólo por vía general e hipotética (Binder, 2000, pp. 115-116).

3.3. Sistemas Procesales

Al respecto Oré (2016), define al sistema procesal como el conjunto de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico en la resolución de conflictos de naturaleza penal. (p. 45).

Los Sistemas Procesales son la manera en que se protegen los derechos; la modalidad e intensidad de las sanciones; el papel que desempeña la víctima; el agresor y el Estado; el valor que se asigna a ciertos derechos y; en general, la forma cómo se desenvuelven las acciones, sujetos, órganos, entre otros, es lo que determina el tipo de sistema procesal penal que rige en determinado espacio y tiempo histórico (Serrano, 1998, p. 69). Es decir, será una secuencia de actos en el que intervendrán los actores jurídicos de acuerdo a la normatividad.

1) El Sistema Acusatorio. - Este sistema fue el primero que conoció la historia, se desarrolló principalmente en Grecia, en el último siglo de Roma y en la Edad Media hasta el siglo XIII. El principio sobre el que se sustentaba era el de la preeminencia del individuo y la pasividad del Estado. (Ambos, 2008, p 49-72).

En sus orígenes, el sistema acusatorio estaba definido e impulsado por el cuidado ofendido por el delito, quién afirmaba su derecho subjetivo a que el acusado se le impusiera una pena. (Aroca, 2007, p. 14). Posteriormente, el ejercicio de la acción penal pasó a los parientes del ofendido.

Armenta Deu (1995) refiere que la esencia del mismo reside en la necesidad ineludible de una acusación previa, presentada y sostenida por persona diferente al juzgador (p. 39). Así, sin previa acusación, no existe juicio, puesto que en la acusación se detallarán los hechos, la pena a imponerse y las pruebas presentadas en su parte.

Un modelo acusatorio es aquel que determina que un proceso penal tenga lugar respetándose la división de las funciones, recayendo la tarea de acusación por recaer en él la carga de la prueba, frente a lo cual se permitirá que el acusado desvirtúe la imputación a través de la presentación de prueba de descargo, siempre amparado en la presunción de inocencia, en tanto no se emita fallo que determine su culpabilidad, debiendo tener en cuenta, además, los principios y garantías del proceso.

- 2) **El Sistema Inquisitivo.** - Respecto a este sistema, Cubas (2016) indicó que, con la llegada de la monarquía en Roma, se opera un cambio brusco en la estructura del proceso penal; la nueva concepción en que la soberanía pasó del pueblo al emperador trajo consigo la aparición de los funcionarios encargados de la persecución del delito que ejercen la acción penal a nombre del emperador. Nace así el sistema de persecución penal público que, luego de servir de pilar en la época de la inquisición ha perdurado hasta nuestros días. (pp. 24-26)

El procedimiento de oficio resucita, tras la sepultura del sistema acusatorio; la formalización del proceso, a través de la escritura; el secreto de los actos procesales y hasta del propio fallo y el creciente poder de la oficialidad hacen ver ya los comienzos de la inquisición.

3) El Sistema Procesal Mixto. En el sistema procesal mixto, la acción es ejercida por un órgano estatal independiente del Poder Judicial como el Ministerio Público; la jurisdicción es ejercida durante la instrucción por un juez unipersonal, llamado juez de instrucción, y durante el juicio oral por un órgano colegiado, el tribunal; la situación de los sujetos procesales es distinta en la dos etapas del proceso: durante la instrucción preparatoria, el juzgador es el director de la investigación, mientras el fiscal y las partes solo pueden proponer pruebas que aquél practicará si las considera pertinentes y útiles; durante el juicio, el juzgador actúa generalmente como un árbitro, y las partes gozan de iguales derechos (Velez, 1982, p. 23).

Este sistema involucra a los dos sistemas antes mencionados, es decir, el sistema inquisitivo y adversarial, es decir, que habrá situaciones jurídicas en las que la dirección de la investigación sea por parte del juzgador, sin la intervención de las partes, y por otro lado de manera jurídica las partes procesales estarán en igualdad de armas, teniendo como único director del proceso al Juez. Este es uno de los sistemas por los cuales se rige el sistema procesal peruano.

3.4. El Código Procesal Penal en el Perú.

A lo largo de la historia del Derecho procesal peruano, se han venido dando cambios de acuerdo a la convivencia social y de acuerdo a las necesidades propias en la solución de conflictos dentro del sistema procesal, en ese sentido a continuación se hacen una mención a los códigos procesales del país, siendo los siguientes:

a) El Código Procesal Penal de 1991

Se promulgó mediante Decreto Legislativo N° 683 del 27 de abril de 1991, el cual, adoptando la orientación de dicha reforma, separó las funciones de persecución y juzgamiento que junto con la ineludible necesidad de una acusación previa constituyen las ideas esenciales del modelo acusatorio.

Las principales características de este código son las siguientes:

1. Se diferencia de manera clara la función persecutoria y de juzgamiento se limita la función del Ministerio Público concediéndole la dirección de la investigación, la responsabilidad del ejercicio de la acción penal, de la carga de la prueba y la acusación; mientras que la función jurisdiccional se reserva a los jueces; quienes tienen a su cargo la fase intermedia y el juicio oral.
2. La etapa de investigación tiene como objeto reunir la prueba necesaria que permite al fiscal decidir si formula o no acusación; por su parte, la etapa de juzgamiento tiene por finalidad la actuación de la prueba admitida en la etapa de los actos preparatorios, realización de los medios probatorios y el examen del acusado.
3. Se introdujo el principio de oportunidad siguiendo el modelo procesal alemán. Conforme a esta institución, puede abstenerse de ejercitar la acción penal cuando existe falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la pena y siempre con consentimiento expreso del imputado.

4. En materia probatoria se regula la confesión en la prueba indiciaria. Asimismo, rige el principio de aportación de la prueba, por la cual las partes ofrecen las pruebas y pueden interrogar a los testigos y peritos.

La entrada en vigor del código procesal penal de 1991 se fue aplazando periódicamente, condenan sólo a una *vacatio legis* indefinida, con excepción de algunos artículos que actualmente están vigentes.

b) El Código Procesal Penal de 2004

Tras varios intentos fallidos de aprobación de un nuevo código procesal penal en los años 1995 y 1997, el 29 de julio de 2004 se promulgó, mediante el decreto legislativo número 957, un nuevo código procesal penal de orientación acusatoria con algunos rasgos adversariales.

El nuevo modelo de orientación acusatoria asumido no es un modelo unilateral, sino dialógico; uno en el cual la confianza no se deposita únicamente en la capacidad reflexiva del juez, en su *sindéresis*, sino en la controversia, en la discusión dentro de un marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio (Binder, 2000, p. 50). Los sujetos procesales ya no pueden ser considerados auxiliares de la justicia sino protagonistas del proceso, y el eje se traslada de la mente del juez a la discusión pública, propia del juicio oral.

Desde luego apoyamos la apuesta por habilidad de un proceso acusatorio moderado como el que postula el Código de 2004; sin embargo, ello no nos debe alejar de dos premisas fundamentales en el proceso de cambio: 1) el modelo acusatorio no constituye en sí mismo la respuesta y solución automática de las deficiencias del aparato de Justicia penal, y; 2) Un

verdadero proceso de reforma no empieza, y mucho menos se agota, con la vigencia de la norma procesal.

El hecho de que la Constitución no asuma un modelo procesal o no disponga el modelo que debe aplicarse al sistema de Justicia, supone que las disposiciones de su articulado no recogen características propiamente dichas, sino principios, garantías, mecanismos de control, etc. Es decir, incluye el cómo debe ser, sino lo mínimo indispensable que aquello que sea, sea lo mejor (Illuminati, 2005, p. 60).

En esa perspectiva son cuatro las características básicas del Código de 2004: separación de funciones; correlación entre acusación y sentencia; prohibición de reformatio in peius; y presencia de juicio oral, público y contradictorio. Es en función a estos criterios rectores que deberán interpretarse las diversas instituciones procesales que acoge el mencionado cuerpo normativo.

Además de estas características, es posible identificar otras notas distintivas.

Entre ellas tenemos:

1. Se regula un proceso común que comprende tres etapas claramente diferenciadas y con sus propias finalidades; fase de investigación preparatoria, fase intermedia y fase de juzgamiento.

La fase de investigación preparatoria está a cargo del fiscal y comprende las diligencias preliminares y la investigación formalizada.

Tiene por finalidad reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación; y en ese caso, al imputado preparar su defensa.

La fase intermedia está a cargo del juez de investigación preparatoria y comprende los actos relativos al sobreseimiento, la acusación, la audiencia preliminar y el auto de enjuiciamiento. Las actividades más relevantes son el control de la acusación y la preparación del juicio.

La fase del juzgamiento comprende el juicio oral, público y contradictorio, en el que se actúan, exponen y valoran las pruebas admitidas. Asimismo, en esta etapa se producen los alegatos finales y se dicta la sentencia.

2. Se produce una separación de las funciones jurisdiccionales y persecutorias. Así, la dirección de la investigación no es jurisdiccional, sino que constituyen una facultad exclusiva de los fiscales. El juez es un sujeto neutral que debe resolver a la luz de la prueba presentada por las partes contendientes.
3. En materia probatoria, se regula que la prueba debe ser aportada por las partes y solo por excepción de oficio, asimismo, el juicio de admisibilidad de las pruebas ofrecidas, en principio, está a cargo de un juez distinto del que conocerá del juicio.

El interrogatorio de los testigos y peritos corre por cuenta de las partes; así, el juez se convierte en un moderador del debate y solo

interviene para pedir que se aclare algún concepto o cubrir algún vacío, cuidándose de no sustituir la actividad de las partes.

El código de 2004 también introduce el interrogatorio directo y contra interrogatorio, con la posibilidad de que el juez autorice un nuevo interrogatorio por las partes a los testigos y peritos.

Las partes pueden controlar la producción de la prueba en el juicio mediante las objeciones.

4. Se incorpora la conformidad con la acusación, de modo tal que, con ello, se elimina la contienda aun cuando en algunos casos se pueda discutir la pena o reparación civil,
5. Los medios de impugnación contra las resoluciones judiciales son la reposición, apelación, casación y queja.

c) El Proceso Penal Común en el Nuevo Código Procesal Penal.

Para los autores Gálvez Villegas, Tomas Aladino; Rabanal Palacios, William y Castro Trigoso Hamilton, la tendencia que sigue Nuevo Código Procesal Penal, es eminentemente acusatorio garantista, en donde las funciones de las partes procesales se distinguen y se encuentran en igual de armas, en este caso será el Fiscal quien será el titular de la acción penal y como tal será el director y persecutor de los hechos delictivos que conozca de oficio o a petición de parte, debiendo regirse por los principios de legalidad y objetividad.; terminado la fase de investigación, dará lugar a que el Estado quien ejercerá su poder coercitivo mediante el Ius – Puniendi, emitiendo al final del juicio una resolución definitiva la misma que contendrá un pena con mandato de ser ejecutada.

El Nuevo Código Procesal Penal establece un proceso modelo al que denomina “Proceso Penal Común”, aplicable a todos los delitos y faltas es sin duda, el más importante de los procesos, ya que comprende a todas clases de delitos y a gentes que no están recogidos expresamente en los procesos especiales; desaparece la división tradicional de procesos penales en función de la gravedad de delito. Se toma en consideración este criterio para efectos del juzgamiento.

Este proceso, como se ha indicado anteriormente, tiene tres etapas:

1. **Investigación Preparatoria:** Para el Doctor Neyra, (2010), uno de los grandes cambios que ha traído el proceso de reforma lo constituye la etapa de Investigación Preparatoria, la misma que ha dejado de estar en manos del Juez Instructor y pasara a constituir en la función esencial del Ministerio Público, quedando el Juez como un tercero imparcial que controlará los actos de investigación, de allí que se le denomine Juez de Garantías. (pp 269-299).

Esta fase procesal comienza cuando la Policía o el Ministerio toman conocimiento de la presunta comisión de un delito, esta etapa a su vez presenta dos sub etapas, las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha.

La Finalidad de la investigación preparatoria según lo señalado por el inc. 1 del artículo 321° del Nuevo Código Procesal Penal, es perseguir o reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permiten al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

Por lo tanto, esta primera fase del Proceso Penal común está destinada a los actos de investigación, es decir, aquellos actos destinados a reunir información que permita sustentar la imputación efectuada con la acusación. Es la etapa en la que se van a introducir diversas hipótesis sobre los hechos a través de los medios de prueba.

Las principales características de esta etapa del proceso penal son:

- a) **Es conducida y dirigida por el Ministerio Público.** Se incluyen las diligencias preliminares que efectuara en determinados supuestos la Policía Nacional la cual se convierte en un auxilio o apoyo técnico del fiscal.
- b) **La investigación preparatoria tiene un plazo de 120 días naturales,** y solo por causas justificadas se podrá prorrogar por única vez hasta por un máximo de 60 días naturales adicionales. Tratándose de investigaciones complejas el plazo de investigación preparatoria es de 8 meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria; excepto en los casos de criminalidad organizada que el plazo es distinto, pero que no es tema a tratar.
- c) **Interviene el Juez de Investigación Preparatoria,** que no tiene ninguna participación en la recolección y/o actuación de los medios de prueba. Se encuentra presente para velar por la legalidad de los actos de las partes.
- d) **Concluye con un pronunciamiento del fiscal.** Este podrá decidir en un plazo de 15 días, si formula acusación o requiere

sobreseimiento, ello en los delitos simples en los complejos tiene un plazo de 30 días.

2. Fase Intermedia.

La etapa intermedia en el nuevo Código Procesal Penal se muestra como una etapa autónoma, bien delimitada y con funciones definidas, de esta forma el inicio de la etapa intermedia está representado por la Conclusión de la Investigación Preparatoria, y durará hasta que se dicte el auto de Enjuiciamiento, o dictar el Sobreseimiento. (Neyra, 2010, pp. 301-316).

En cuanto a la Naturaleza Jurídica de la Etapa Intermedia del Proceso Penal, el doctor Sánchez (2004), señala que es una etapa de apreciación, de análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también para que se analicen las pruebas que sustentan las pretensiones de las partes. (p. 68)

En consecuencia, respecto a la actividad probatoria actuada debe ser sometida a los filtros necesarios de legalidad y pertinencia, para de esa manera ser admitida a juicio, así tenemos que uno de los grandes actos procesales comprende la denominada “Audiencia Preliminar” diseñada para sanear el proceso y preparar lo necesario para el juzgamiento.

3. Fase del Juzgamiento.

La fase de juzgamiento está constituida por actos preparatorios, la realización del juicio oral y culmina con la expedición de la sentencia sobre el proceso penal. La parte central es el Juicio Oral, espacio procesal donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias

debaten sobre la prueba en busca de convencer al Juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

Conforme al Código Procesal Penal esta fase se inicia con el auto de citación a juicio oral (Art. 355) que es la relación judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor a diez días, el Juez del juicio llamado Juez Penal sea unipersonal o colegiado en el proceso ordinario; estará a cargo de su dirección y responsabilidad, se encarga de notificar a todas las personas que deban concurrir a juicio (sin perjuicio que las partes coadyuven en la concurrencia de sus testigos o peritos), la designación del abogado defensor del acusado, y cuidara de disponer lo necesario para la realización del juicio. (Velarde, 2004, p. 175-182).

La etapa del Juzgamiento para Mixan (1993), consiste en la actividad procesal específica, compleja, dinámica y decisoria, de índole rigurosamente discursiva y de discernimiento sobre el valor de la prueba en el caso concreto y que, a su vez, permite al juzgador descubrir y formarse convicción sobre el *thema probandum* y concluir declarando la responsabilidad penal o no del acusado. (pp. 21-25).

Ésta etapa es la más importante del proceso común, es la etapa para la realización de los actos de prueba, es decir, cuando se debe efectuar el análisis y discusión a fin de lograr el convencimiento del Juez sobre determinada posición.

Esta tercera fase del proceso se realiza sobre la base de la acusación; la audiencia es conducida o dirigida por el Juez Unipersonal o Colegiado

(dependiendo del extremo mínimo de la pena), se inicia con la presentación de la teoría del caso, contenida en los alegatos preliminares; rigiéndose por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, unidad, contradicción e identidad personal.

3.5. Desvinculación de la Acusación Fiscal establecida en el Artículo 374° inc. 1 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

3.5.1. Antecedentes Históricos y Evolución.

En el desarrollo de la investigación se ha indicado que esta figura procesal ya tenía su regulación en el antiguo código de procedimientos penales en la que se denominaba Determinación Alternativa indicada en el Art. 285, sin embargo, la Corte Suprema de la República, a finales de 1997, a través de su Sala Penal Permanente dio a luz un nuevo original principio de derecho, de naturaleza mixta: sustantiva y procesal, por el cual se auto-arrogaba la facultad de variar la calificación legal del supuesto de hecho ilícito denunciado por el representante del Ministerio Público, y consiguientemente determinar la pena en base a dicha nueva clasificación. (Fidel, 1999, p. 120).

Esta figura procesal tiene como antecedente en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 959 (promulgada el 17 de agosto de 2004), incorporada como se indicó en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica, la misma que ha sido planteada en la Ejecutoria del 3 de julio de 2006, Recurso de Nulidad N° 2490–2006/La Libertad.

En este sentido, indica Javier (2004) que con la finalidad de uniformizar los criterios para la aplicación de la determinación alternativa, se llevó dicho tema a debate en el Pleno Jurisdiccional Penal de 1998 en la ciudad de Ica, acordándose que, si bien era factible la desvinculación de la acusación en el extremo que propone cierta calificación jurídica del hecho y optar en la condena por un tipo penal distinto, por implicar una apreciación normativa de hechos, debía efectuarse bajo cuatro presupuestos (p. 33):

- a) Homogeneidad del bien jurídico (el tipo penal de la condena debe afectar el mismo bien jurídico que el delito acusado);
- b) Inmutabilidad de los hechos y de las pruebas;
- c) Preservación del derecho de defensa; y
- d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos; además se acordó que en la aplicación de estas reglas debían respetarse los principios de legalidad penal, de instrucción y de verdad material.

Por otro lado hace mención el jurista Rojas (2007), que en dicho acuerdo plenario, que la facultad del órgano jurisdiccional de desvincularse de la propuesta fiscal tenía como límite el de no condenar por un delito más grave que aquel materia de acusación, por cuanto causaría indefensión; bajo este contexto se señaló que debía terminar por condenar por el delito acusado, dejándose constancia en el fallo de las razones de la discrepancia y los motivos que fundan la imposibilidad de reconducción de la calificación jurídica al delito más grave, esto a fin de evitar la impunidad de una conducta punible. (p. 40).

Sin embargo, indica el autor antes mencionado, que el principio de determinación alternativa ha sido objeto de críticas debido a que su aplicación no era de la manera más idónea, por tal razón, es que el Tribunal Constitucional consideró que la variación del tipo penal afectaba el derecho fundamental de defensa cuando no se le daba al acusado la posibilidad real y efectiva de contradecir la nueva tipificación de los hechos, enervándose la esencia misma del contradictorio, garantía natural del proceso judicial. (p. 41).

Uno de los últimos pronunciamientos sobre el tema, se ha emitido en el año 2007, toda vez que las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia arribaron al Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, mediante el cual se establece como doctrina legal (que se suma a lo expuesto anteriormente) que los tribunales sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación, la misma que no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa, así como tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente contestable por la defensa.

A modo de conclusión del presente capítulo tenemos que el Derecho Procesal Penal se encarga de instituir y organizar a los órganos públicos a través de los principios, instituciones y normas jurídicas que regulan la actividad procesal destinada a la aplicación de la Ley, teniendo como principal finalidad, garantizar el ejercicio legítimo del ius

puniendi por parte del Estado, siendo dicho poder legítimo en tanto se preserven los derechos fundamentales de todas las personas inmersas en el proceso penal.

El objeto del proceso penal, es la pretensión punitiva, y la misma se materializa al momento que el titular de la acción penal Ministerio Público emite su acusación, siendo que dicha pretensión punitiva está conformada por los hechos, la(s) persona(s) acusada(s), la petición de la pena y la calificación jurídica, siendo las características particulares como la inmutabilidad, la indivisibilidad y la indisponibilidad, pues la imputación realizada por el Fiscal, establece los límites del debate en juicio oral, y asimismo de la sentencia.

Con el Código Procesal Penal 2004, aparece la separación de funciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, establece la correlación entre acusación y sentencia, la prohibición de la reforma en peor, así como un juicio oral público y contradictorio.

El principio de determinación alternativa ha sido objeto de críticas debido a que su aplicación no era de la manera más idónea, por tal razón, es que el Tribunal Constitucional consideró que la variación del tipo penal afectaba el derecho fundamental de defensa cuando no se le daba al acusado la posibilidad real y efectiva de contradecir la nueva tipificación de los hechos, enervándose la esencia misma del contradictorio, garantía natural del proceso judicial.

El nuevo proceso penal peruano es instrumental, es un autónomo y es público, bajo ese precepto, se sigue un sistema de corte acusatorio esto debido a la modificación que dio lugar al Nuevo Código procesal Penal, en donde se ha recogido la figura procesal denominada Desvinculación de la Acusación Fiscal, la cual a la luz del estudio realizado en este capítulo formaría parte de un sistema inquisitivo ya que su aplicación supone la vulneración de derechos constitucionales y garantías procesales, hecho que no puede darse, por ser una de las características fundamentales del proceso la garantía.

Al respecto el Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116 ha establecido criterios en los cuales procede la aparición de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, indicando a los parámetros: Homogeneidad del bien jurídico, Inmutabilidad de los Hechos y de las Pruebas, preservación del derecho de defensa y coherencia entre los elementos fácticos y normativos. Sin embargo, no se ha establecido que pasaría si la pena a imponerse es una mayor de gravedad, generando así vulneración al derecho a la defensa del acusado, debido a que ya no puede aportar pruebas y menos puede acogerse a uno de los mecanismos de solución pronta del proceso.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO PROCESAL PENAL AL JUEZ IMPARCIAL, RELACIONADO A LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL CUANDO LA PENA A IMPONERSE ES MAYOR A LA PETICIONADA POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En este capítulo abordaremos al principio del Debido Proceso, desde la visión constitucionalista, como un derecho humano, estableciendo la finalidad del mismo; y la posible afectación con la institución de la desvinculación de la acusación fiscal, de igual manera abordamos el Principio al Juez Imparcial, bajo la misma temática, su regulación en pactos internacionales y su importancia dentro del Proceso Penal Peruano, y también la vinculación que tiene con los principios que sustentan el proceso.

Así también se abordaron temas relacionados con la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues el mismo constituye un presupuesto estructural del debido proceso, de igual manera el principio de favorabilidad desde la Constitución, las atribuciones del Ministerio Público y el rol del Fiscal en la Investigación Criminal, con la finalidad de determinar sus funciones desde el ámbito constitucional, y como se ven afectados con la injerencia de parte del Juez al utilizar la desvinculación de la acusación fiscal, siendo esta una facultad que por ley le compete únicamente a los representantes de la Fiscalía de la Nación.

4.1. El Debido Proceso.

La persona es el inicio y fin del Derecho, y su dignidad, es la fuente de la obligatoriedad de los Derechos humanos, los mismos que pueden ser definidos como el conjunto de bienes debidos a la persona por ser tal, y cuya adquisición o goce supone la adquisición de grados de realización o perfeccionamiento, tanto individual como colectivo. “Los Derechos humanos, pues, se definen a partir de la triada necesidad humana-bien humano- derecho humano; y se han de cumplir por el valor de fin absoluto que tienen las personas”. (Castillo, 2009, p. 31 y ss).

Al respecto Castillo (2015) refiere: “Una solución justa que supere definitivamente las naturales controversias humanas, solo es posible obtener a través de la concurrencia de tres elementos. El primero es que la solución provenga no desde la fuerza sino desde la razón. El segundo elemento es que ese proceso de diálogo racional tendrá una real posibilidad de construir una decisión justa, y el tercer elemento tiene que ver con la superación efectiva del conflicto” (p. 634)

Al considerar al ser humano como el fin supremo de la sociedad, ello implica que, si se encuentra en un proceso, debe ser controlado el desenvolvimiento del mismo en cada una de las etapas, permitiendo que actúen en igual de armas, esto es muestren sus pretensiones y prueben sus alegatos ante el decisor competente del caso, que viene a ser Juez, que actuará con total imparcialidad y objetividad.

Si las controversias no son resueltas con base en un proceso debido, es decir, al margen o en contra de las exigencias de este bien humano, entonces, se está tratando indignamente a la persona. Así, el proceso y consiguiente decisión serán indignas.

El debido proceso “es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcance general, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales. (Arroyo, 2012, p. 16). En buena cuenta, el debido proceso supone el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales y se descompone en un debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y un debido proceso adjunto o formal, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. (Landa, 2012, p. 16).

En consecuencia, se debe entender al debido proceso como al conjunto de principios que sirven de marco protector, que, ante la averiguación de un hecho delictivo, éste debe estar revestido de derechos y garantías para los justiciables.

En ese mismo pensamiento Leibar (1995), indica que: “el debido proceso contiene la totalidad de los principios integrantes de la teoría de los principios, siempre que no sean incompatibles, siendo además adaptable y aplicándose tanto al proceso penal como al proceso civil y otros. (p. 25).

Por su parte Bustamante (2001) tiene afirmado que se está frente a un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, que cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto. (p. 342).

El derecho al debido proceso, también implica “una garantía al debido proceso es una fórmula expresiva en cuanto que conecta las meras formalidades de un proceso, con las condiciones de justicia del mismo, para garantizar que el ciudadano sea racionalmente enjuiciado sin atentar a sus derechos fundamentales”. (Caroca, 1998, p. 171)

4.2. La Constitucionalización del Derecho Humano al Proceso Debido en la Constitución Peruana.

En el artículo 139° numeral 3 de la Constitución se ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional, "la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

Sobre la tutela jurisdiccional ha dicho el Tribunal Constitucional que "supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia"; mientras que sobre el debido proceso ha manifestado que "significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, todo esto mencionado por el Tribunal Constitucional (Caso Teófilo Chacón Pinto, 2016). El Supremo intérprete de la Constitución ha concluido que la tutela jurisdiccional y el debido proceso como derechos fundamentales se configurarían en etapas distintas del procesamiento.

Esta misma Sentencia del Tribunal Constitucional, indica que la tutela jurisdiccional efectiva está destinada a asegurar el inicio y el fin del procesamiento, a través del acceso a la justicia y la ejecución de la decisión; mientras que el debido proceso estaría llamado a proteger el desarrollo del procesamiento mismo. Así, la posibilidad de acceder a un órgano que administre justicia de modo institucionalizado, sería manifestación de la tutela jurisdiccional y no el debido proceso.

El debido proceso debe ser entendido como una compilación de ciertas garantías procesales mínimas que le dan legitimación entre estas garantías destaca el

derecho de defensa, que permite otorgar equilibrio procesal. (Quiroga, 2003, p. 47)

En consecuencia, se debe entender que los derechos fundamentales específicos que conformarían el contenido esencial del derecho fundamental genérico al debido proceso son derechos estrictamente procesales. Sin embargo, tal contenido esencial además de estos derechos específicos está conformado por exigencias de razonabilidad, precisamente porque el proceso se presenta como un medio a través del cual se ha de conseguir la finalidad que es la decisión justa.

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha reconocido que el derecho al debido proceso tiene tanto una dimensión procedimental o formal y otro material, siendo que su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, tal y como se menciona en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A. (EXP. 02386-2008-PA/TC); en lo que respecta a la dimensión formal, el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido.

En este sentido, esta dimensión procedimental tiene que ver con las formalidades estatuidas en un proceso, y supone tomar en consideración "las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.)" (Caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A., 2009). A esta dimensión corresponden todas las concreciones que se describen en el artículo 139° del Constitución, que finalmente se han concluido como garantías del debido proceso.

En la misma Sentencia el Tribunal Constitucional hace referencia a la dimensión sustantiva o material del debido proceso, que está conformada por el aseguramiento de la consecución del bien humano que subyace al derecho fundamental al debido proceso. Como se recordará está justificado considerar que la dignidad de la persona exige que el procesamiento al que se le someta con la finalidad de resolver un determinado conflicto, deba dar por resultado una decisión justa que es la única decisión digna.

En Tribunal Constitucional, ha indicado que el debido proceso "en su fase sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como la razonabilidad y la proporcionalidad que toda decisión con la que se pone término a una controversia, (...) debe suponer que el juez constitucional se encuentra legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales" (EXP. 02386-2008-PA/TC,)

El Supremo intérprete de la Constitución ha reconocido como implícitas una serie de garantías procesales conformantes del debido proceso. Así, y solo de modo enunciativo, se tiene el derecho de acceso a la justicia; el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y el derecho a un plazo razonable en el juzgamiento; o el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebida; el derecho a la duración razonable de la detención preventiva; el derecho de acceso a los recursos; el derecho de no ser procesado ni sancionado dos veces por un mismo hecho (ne bis in ídem); el derecho a la tutela cautelar; el derecho a un juez independiente e imparcial; el derecho a la prueba; el derecho de igualdad procesal de las partes; el derecho a no auto-incriminarse y el derecho a la prohibición de la reformatio in peius.

4.3. La Independencia en el ejercicio de la Función Jurisdiccional.

La independencia jurisdiccional o independencia en la función jurisdiccional (que no es lo mismo que independencia judicial, pues aquella comprende esta) consagrada en el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, constituye un presupuesto estructural del debido proceso.

El Tribunal Constitucional en el caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú, indica que la independencia jurisdiccional recae en la autoridad del juez como representante institucional de destino, su finalidad radica en el respeto de un derecho constitucional propio de los usuarios de dicha función: el derecho a recibir de la administración de justicia una decisión apoyada en la ley y la Constitución, esto es, una decisión justa, sin que en su espíritu se lleve la carga de prejuicios políticos, conveniencias estatales o parcializaciones de algún tipo.

A su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que las normas constitucionales, legales o convencionales sobre independencia judicial son de naturaleza imperativa (*ius cogens*), y deben ser observadas y respetadas en todo procedimiento o trámite penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier otra índole que decida sobre derechos de la persona, por ser la independencia del juez y de los tribunales uno de los fundamentos esenciales del debido proceso. (Caso Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú.)

4.4. Principio de Favorabilidad

Este principio se encuentra regulado en el artículo 139° numeral 11 de la Constitución Política, el cual a la letra dice: *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado*

en caso de duda o de conflicto entre leyes penales; el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado, y ello es así por la necesidad y urgencia de limitar la facultad y potestad punitiva del Estado en aras de la vigencia del Estado de Derecho y del régimen democrático de gobierno, los que tienen como base sustantiva la tutela, respeto y protección de los derechos humanos en general, que para el caso de los imputados de la comisión de hechos delictivos, se traduce en establecer de manera específica las condiciones y estándares mínimos de su actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, fijando los límites del ejercicio de este poder estatal. "(...)Es por ello que se piensa que el Derecho Penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, Derecho constitucional reformulado o Derecho constitucional reglamentado (...)" (Maier, 1963, p. 163).

No cabe duda, entonces, de la íntima conexión existente entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional, que va más allá de la consagración de los principios y garantías que delimitan la actuación penal estatal y del reconocimiento de un conjunto de derechos que asisten y amparan a las personas frente a la punición estatal, obteniendo respaldo este argumento en Gómez (1999), quien señala:

“Estas relaciones entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional tienen, desde otro punto de vista, una conexión ideológica evidente, puesto que el proceso penal refleja siempre las condiciones políticas de la sociedad en que se ha de desarrollar, lo que significa que nuestro proceso penal es el espejo en el que se miran los preceptos constitucionales, reflejando la verdadera naturaleza del régimen político imperante" (p. 95).

De allí que resulta sumamente gráfica y pertinente la célebre observación de Goldschmidt, recogida por Maier (1963), de entender al "proceso penal de una

Nación" como "(...) el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución estatal (...) (p. 162), pues denota y pondera con acierto no solo la verdaderamente estrecha relación entre ambas materias sino, sobre todo, su dimensión política y el rol trascendental que le toca en todo este proceso.

No se ha encontrado en la doctrina nacional un análisis o desarrollo teórico particular o especialmente dirigido a explicitar la esencia y los elementos que distinguen *la favorabilidad*, ni se ha destacado mayormente toda la dimensión que informa este principio, elevado a categoría constitucional.

El radio de acción de este principio, podría colegirse que la protección constitucional se circunscribe solo a los casos en los cuales, existiendo duda respecto de la ley a aplicar en un caso concreto, debe preferirse la que resulte menos gravosa para el "procesado" (con lo cual, el ámbito de aplicación del precepto se reduce, igualmente, solo a quienes tengan tal condición, esto es, encontrarse comprendido en algún "proceso"); o cuando se produzca un conflicto entre leyes penales.

El principio de favorabilidad estaría solamente enmarcado a situaciones vinculadas a la aplicación de la ley penal (duda o conflicto entre ellas). En esta línea Ruesta (2006) señala:

"(...) El principio de favorabilidad adquiere sentido en el conflicto de leyes penales, estableciéndose como garantía de que, a quien le toque administrar justicia deberá optar por favorecer, en nuestros términos, al imputado. La determinación de lo más favorable al reo debe ser determinado (sic) por el juzgador en función del caso concreto (...) (p. 556)."

Existe consenso tanto en la doctrina nacional como internacional en derivar el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* del principio general de favorabilidad. Se ha señalado en esa línea doctrinaria que ambos preceptos rectores y garantistas son consecuencia y manifestación de aquel principio de mayor alcance,

el de la favorabilidad, y que este se materializa o se concreta en el escenario de la realidad, a través de aquellos otros dos institutos.

Siendo ello así, todo aquello que signifique un mejor resultado para el imputado debe ser de aplicación a su favor, argumento que Vásquez (1984), define de la siguiente manera:

"(...) La presunción de inocencia no es más que la plasmación en el plano constitucional de las libertades y derechos fundamentales del principio general de favorabilidad que debe ser considerado como un principio general informador del proceso penal moderno del área cultural al que nuestro Derecho pertenece, pero que tiene un ámbito de acción mucho más amplio, ya que no se circunscribe solo a la "inocencia" del procesado sino a todo lo que sea 'favorable' para él, más allá de su inocencia o incluso aceptando su culpabilidad (...)" (p. 281).

Al respecto, Sánchez (1994), citando a Vallejo, sostiene que “tanto el principio de presunción de inocencia como el *in dubio pro reo* son manifestaciones del principio general del *favor rei*, que inspira el proceso penal y que opera en distintos planos” (p. 280). Sin embargo, pese a este reconocimiento, el autor no desarrolla ningún concepto ni descripción del principio en la enumeración que se hace de los principios y derechos de la administración de justicia y de las personas.

4.5. Atribuciones del Ministerio Público.

La función del Ministerio Público es la persecución del delito y su rol es de director de la investigación; ello se encuentra regulado en el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución Política del Estado, la cual dispone que le corresponde al Ministerio Público, conducir desde su inicio la investigación del delito, en consecuencia asume la titularidad de la investigación, tarea que debe realizar con plenitud de iniciativa y autonomía, desde su inicio hasta su culminación, decidiendo si formula o no acusación. El Juez debe alejarse definitivamente de las tareas de investigación y reasumir su función exclusiva: Dirigir la etapa procesal

del juzgamiento, juzgar, decidir y ser garante de la vigencia de los derechos fundamentales, tareas exclusivas y excluyentes. (Cubas, 2015, p. 69)

Siguiendo la misma línea Sánchez (2004) ha señalado que bajo el principio acusatorio se tiene que no hay Juicio sin Acusación, debiendo (la acusación) ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el Fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan una acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; así mismo éste principio implica que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni ha persona distinta de la acusada; que no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. (pp. 275-280).

Así mismo tenemos que el artículo IV del título preliminar del código procesal penal del 2004 prescribe lo siguiente:

1. Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción Penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.
2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y contrala jurídicamente los actos de investigación que realiza la policía nacional.
3. Los Actos de investigación que practica el ministerio público o la policía nacional no tienen carácter jurisdiccional cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición

La característica esencial del sistema acusatorio formal consiste en la división entre las tareas requirentes, a cargo del ministerio público, y las tareas decisorias, a cargo de los tribunales; así también el profesor español Gimeno (2007) señala que el principio acusatorio rige en un determinado proceso penal cuando las fases de instrucción y de juicio oral se encomienda a dos distintos órganos jurisdiccionales, prohibiéndose al órgano decisor las funciones de parte acusadora,

la que, mediante la deducción de la pretensión penal, vinculara la actividad decisoria del tribunal, vedándose también al órgano de la segunda instancia la posibilidad de grabar más al recurrente de lo que ya lo estaba en la primera. (p. 463)

4.6. El Rol del Fiscal en la Investigación

Es claro que el principio acusatorio presupone, en esencia, la separación de funciones entre los órganos públicos encargados de acusar y de decidir la causa penal, esto es, el fiscal es quien detenta la persecución penal pública y el juez el que se encarga de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Empero, la adopción del principio acusatorio importa más que esto, exige que quien investigue sea aquel que detenta la función acusadora. En efecto, el sistema acogido en el nuevo CPP pretende reducir al máximo las facultades discrecionales del juzgador, limitando su actuación a una función juzgadora y garantista, de ahí que se hable con corrección de un juez de garantías (Horvitz, 2001, p. 106); claro está, reservando en el principio de jurisdiccionalidad la imposición de medidas coercitivas y medidas limitativas u restrictivas de derecho.

Dicho de otro modo, un sistema procesal que se sostiene fundamentalmente en la imparcialidad, objetividad e independencia del órgano jurisdiccional debe despojar al juzgador de cualquier atribución que importe poner en riesgo dichos principios fundamentales.

En tal medida, resulta adecuada y pertinente, la atribución directriz de la investigación preparatoria a la figura del fiscal. Esta configuración la asume el nuevo CPP, en el inciso 1 del artículo IV de su Título Preliminar cuando establece lo siguiente: "El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción

penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio".

La investigación del delito en su fase preliminar es la base fundamental de todo el procedimiento penal, pues a partir de su concreción fáctica, el persecutor público está en posibilidad de acoplar todo el material probatorio de cargo, destinado a la probanza del injusto penal y de la responsabilidad criminal del imputado, o a contrario sensu promover la abstención del poder punitivo del Estado, cuando de dicha investigación se demuestre la irrelevancia jurídico-penal de la conducta imputada, o ante una inminente insuficiencia de pruebas.

Se puede decir, entonces, que la investigación preparatoria allana el camino para el juicio oral y de cierta forma delimita el objeto del juzgamiento, en la medida que lo ejecutado y realizado en esta fase por el agente fiscal, condicionará el contenido de su acusación.

Siendo así, se define a la investigación preparatoria, como la fase del procedimiento en la cual se realizan y ejecutan una serie de actos de coerción y de restricción, destinados fundamentalmente al recojo y acopio de pruebas que puedan sostener, en la etapa intermedia, la pertinencia de llevar a juzgamiento un caso que revela suficientes indicios objetivos de criminalidad o, en su defecto, la imposibilidad de llevar a juzgamiento una causa que no se adecua con los elementos materiales que exige la legalidad para llevar a cabo la culminación del ejercicio persecutorio estatal; el maestro Asencio señala que "los actos de investigación son aquellos que se realizan en la fase sumarial o con anterioridad a la misma, pero con carácter preventivo, con el fin de verificar las funciones específicas de esta fase del procedimiento penal". (Asencio 2003, p. 145)

El inciso 1 del artículo 321 del nuevo CPP establece que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo o de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado, preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Por esta razón, la investigación se dirige a establecer la efectividad del hecho imputado, con todas las circunstancias de personas, cosas o lugares; identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones y, en general, recoger todos los antecedentes que puedan servir para tomar la decisión acerca del curso de la persecución penal. (Carocca, 2003, p. 109)

La investigación tiene, entonces, por finalidad reconstruir el hecho punible desde sus diversas aristas relacionadas con los elementos compondores de tipicidad, autoría y participación, contenido del injusto, circunstancias modificativas de responsabilidad (atenuantes y agravantes, etc.). Claro que, si bien el éxito del proceso está condicionado a la eficacia de la investigación, no por ello esta actividad podrá desconocer los derechos fundamentales del imputado.

El deber de actuación objetiva del Ministerio Público exige la realización de actuaciones, no solo a favor de la persecución penal, sino también a favor del imputado. Uno de los instrumentos que, paradójicamente, sirve a la ficción de la persecución objetiva, y que favorece las posibilidades de triunfo de la hipótesis acusatoria, consiste en la atribución de facultades defensivas al representante del Ministerio Público (Bovino, 1998, p. 39). Esta tesis es acogida positivamente en el nuevo CPP, específicamente en el artículo 405.1.a, que faculta al Ministerio Público a recurrir incluso a favor del imputado. Por lo tanto, podrá impugnar, por

ejemplo, la sentencia condenatoria, cuando no esté de acuerdo con el quántum de pena, por considerarlo excesivo y que debe ser rebajado, o en el caso de un medio de defensa técnica que ha sido desestimado por el juez de la investigación preparatoria.

4.7. El Principio del Juez Imparcial.

En principio se debe entender que la imparcialidad es una materia inherente al debido proceso independientemente de la materia de derecho en el que se aplique.

El principio al Juez imparcial garantiza que los órganos jurisdiccionales que deciden controversias deben ser terceros neutrales, esto es, que no posean ningún interés económico sobre el objeto de la *litis* ni relación personal (amistad, parentesco, etc.) con las partes. (Maljar, 2006, p.68).

Por su parte Falcone (1990) considera que la imparcialidad como atributo de la jurisdicción significa amenidad del juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separársele de la acusación, para que finalmente adquiriera ese hábito intelectual y moral que le permite juzgar con equidistancia (p.51), es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de estas, ni comprometido con sus posiciones ni tener perjuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis defensiva, hasta el acto mismo de la sentencia.

El Jurista Montero (2006), al referirse a la imparcialidad señala:

"La ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con

ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes”
(p. 69)

De ello se desprende que la imparcialidad no propone que todos los individuos deban ser tratados de la misma manera bajo todas las circunstancias. Se considera aceptable y coherente que determinadas personas sean tratadas en forma diferente si tal tratamiento se justifica por razones objetivas y externas. Por ejemplo, la mayor parte de los sistemas legales establecen penas diferentes para los delitos de acuerdo a la gravedad de los mismos. Esto no implica la presencia de parcialidad: las diferentes penas se determinan sobre la base de un criterio objetivo y predecible, en este caso la ley. La imparcialidad sostiene que, para todas las personas, ese criterio imparcial se aplica en forma homogénea. (Lujan, 2013, p. 58).

La imparcialidad del juzgador se sostiene sobre la principal idea de “encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares” (Nataren, 1999, p.75) y atendida esa perspectiva se le exige al juzgador una posición: no ser parte de la contienda, (el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte ni puede tener relaciones jurídicas o fácticas con las partes que vislumbren su voluntad por alguna de ellas); y una actitud: dejar al margen las condiciones subjetivas en el ejercicio de la función. Condiciones que garantizan “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”, que a su vez exige dos condiciones, una para el juez; la otra, para la ciudadanía: la apariencia de imparcialidad y la convicción del justiciable. (Castillo, 2007, p. 124).

Entonces, la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, que éste se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto planteado ante él.

La diferenciación entre *acusación*, por un lado, y su *examen* por un juez, por otro, ratifican el modelo de enjuiciamiento de la Constitución, y le agregan, expresamente, un componente que es motivo de estas reflexiones: *la imparcialidad* de quien debe examinar y decidir sobre la acusación, es decir, del juez, orientada a la *igualdad* procesal entre el acusador y acusado, como presupuesto de la defensa de éste, basado en la igual posibilidad de ambos de contraponer afirmaciones, negaciones, pruebas y argumentaciones, que puedan influir sobre el resultado final del proceso. (Picó, 1998, 23).

En consecuencia, debe quedar claro que la posición del Juez en el proceso debe ser la de un tercero, neutral, despojado de toda inclinación respecto a una de las partes, así como de interés en el objeto del proceso. Su tarea debe restringirse a resolver el conflicto sometido a su conocimiento. En este sentido, debe preservarse al juez de cualquier intromisión en el momento final de su decisión, que constituye el núcleo de la institución.

La imparcialidad es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse con base en criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas.

4.8. El Principio Acusatorio como Principio de Juzgamiento

El modelo procesal penal que recoge el CPP del 2004 es en estricto “acusatorio”, en cuanto recoge una nítida distinción entre las funciones de juzgar y de hacer

ejecutar lo juzgado, con aquellas que se refieren a las potestades de persecución y de requerimiento de la sanción punitiva. (Peña Cabrera, 2015, p. 203).

Este principio exige, que el juzgamiento sea realizado con base en la acusación fiscal, es decir, que no puede abrirse la causa a juicio oral, si es que previamente el persecutor público no formula su acusación; dicho presupuesto propone una serie de repercusiones jurídico- procesales. Primero, que no puede poner a debate un relato fáctico ajeno al contenido de la acusación; segundo, que solo se pueden actuar las pruebas de incriminación incluidas en la acusación; y, tercero, que el juzgador no puede recoger en su resolución de condena tipificaciones penales que no fueron sostenidas por el fiscal en su escrito de acusación (principio de congruencia). (Peña Cabrera, 2015, p. 209).

La acusación constituye así presupuesto (excitación o pedimento objetivo y subjetivo) indispensable para el enjuiciamiento criminal en el que precisamente se declararán o no probado el delito y la reprochabilidad del sujeto imputado (Pedra, 2000, p. 47). Se debe considerar a la acusación como al centro de la investigación, es el núcleo, puesto que contendrá los hechos, la subsunción jurídica y los elementos de convicción, es sobre el cual se proseguirá hasta el juzgamiento.

Al ser de vital importancia el escrito de acusación, éste debe comprender todos los hechos que determinan la tipicidad delictiva, precisando en detalle los tipos delictivos en cuestión, así como las figuras concursales que pudieran conformarse (ideal, real o delito continuado). Si el Fiscal omite pronunciarse sobre uno de ellos, el juzgador no podrá condenar al imputado por un tipo penal que no esté recogido en la acusación. Respecto a este tema Florián (1934), precisa que “la acusación es importante en cuanto sirve para delimitar el objeto fundamental y el objeto

accesorio del proceso; hace posible una defensa adecuada y fija los límites de hecho en la sentencia”. (p. 387)

En consecuencia, debe quedar claro que la acusación se convierte en la exigencia misma del juzgamiento, esto es, su presupuesto indispensable, además que va a configurar el inicio del juzgamiento, su propio proceder, a partir de la amplitud y contenido de la hipótesis incriminatoria, que se refleja en la actuación probatoria protagonizada por los sujetos procesales.

Jurisprudencialmente se ha exigido claridad en los hechos delictivos, puesto que constituye soporte fáctico para la calificación jurídica y así pueda haber homogeneidad con la sentencia a emitirse en la posterioridad.

A ello cabe, finalmente, agregar otra cuestión: el Juez penal, al apartarse de la acusación, pone en cuestión su necesaria imparcialidad, dado que fue una misma persona (el propio Juez penal) la que modificó la acusación y emitió sentencia, en franca oposición a la separación de las funciones de acusar y sentencia que rige en nuestro proceso penal, cuyo principal efecto es evitar precisamente que el órgano jurisdiccional asuma la posición de parte acusadora.

A modo de conclusión del presente capítulo tenemos que, al considerarse al ser humano como el fin supremo de la sociedad, ello implica que, si se encuentra en un proceso, debe ser controlado el desenvolvimiento del mismo en cada una de las etapas, permitiendo que actúen en igual de armas; esto es, muestren sus pretensiones y prueben sus alegatos ante el decisor competente del caso, que viene a ser Juez, quien actuará con total imparcialidad y objetividad, por ello se debe entender al Debido Proceso como al conjunto de principios que sirve de protector,

que ante la averiguación de un hecho delictivo, éste debe estar revestido de derechos y garantías para los justiciables.

La independencia jurisdiccional recae en la autoridad del Juez como representante institucional de destino, su finalidad radica en el respeto de un derecho constitucional propio de los usuarios de dicha función, el derecho a recibir de la administración de justicia una decisión apoyada en la ley y la Constitución.

Sobre el Principio de Favorabilidad, el mismo establece que se debe aplicar la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

En la doctrina nacional no se ha encontrado un análisis o desarrollo teórico particular o especialmente dirigido a explicitar la esencia y los elementos que distinguen *la favorabilidad*, ni se ha destacado mayormente toda la dimensión que informa este principio, elevado a categoría constitucional.

El Juez debe alejarse definitivamente de las tareas de investigación y reasumir su función exclusiva: Dirigir la etapa procesal del juzgamiento, juzgar, decidir y ser garante de la vigencia de los derechos fundamentales, tareas exclusivas y excluyentes, debiendo la acusación ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador.

La imparcialidad es una materia inherente al debido proceso independientemente de la materia de derecho en el que se aplique, considerando que la imparcialidad como atributo de la jurisdicción significa amenidad del Juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separársele de la acusación. En este sentido, debe preservarse al juez de cualquier intromisión en el momento final de su decisión, que constituye el núcleo de la institución. El juez penal, al apartarse de la

acusación, pone en cuestión su necesaria imparcialidad, dado que fue una misma persona (el propio juez penal) la que modificó la acusación y emitió sentencia

Exige el principio acusatorio como principio de juzgamiento, que el juzgamiento sea realizado con base en la acusación fiscal, pues no se puede poner a debate un relato fáctico ajeno al contenido de la acusación; con la finalidad que el juzgador no puede recoger en su resolución de condena tipificaciones penales que no fueron sostenidas por el fiscal en su escrito de acusación, y ello bajo el principio de congruencia.

Se debe considerar a la acusación como al centro de la investigación, puesto que contendrá los hechos, la subsunción jurídica y los elementos de convicción, es sobre el cual se proseguirá hasta el juzgamiento, y si el fiscal omite pronunciarse sobre uno de ellos, el juzgador no podrá condenar al imputado por un tipo penal que no esté recogido en la acusación.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS DEL PLAZO ÍNFIMO PARA PRESENTAR NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA EN BASE A LA NUEVA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROPUESTA POR EL JUEZ GENERA INDEFENSIÓN AL ACUSADO.

En este capítulo, se desarrollará todo lo referente al plazo, en razón a que el inc. 1 del Art. 374, el juzgador otorgará solo cinco días al Fiscal, para que se pronuncie respecto a la nueva calificación jurídica propuesta, plazo que se entiende también es dado a la parte acusada, para que pueda plantear su defensa.

Al respecto, es preciso, preguntarse si ese plazo es justo y necesario para que el acusado pueda conseguir algún elemento de prueba, pueda plantear algún mecanismo de defensa, etc.; en ese sentido, se indicará que se entiende por plazo, los tipos de plazos, y la importancia del mismo.

El estudio del plazo es desde la perspectiva eminentemente jurídica se realiza con la finalidad establecer la razonabilidad y proporcionalidad de las pruebas que se pretendan presentar ante un proceso y si éstas tendrán una injerencia en cuanto a la situación jurídica de los procesados.

5.1 Del Plazo.

De acuerdo al Diccionario del Real Academia Española, se entiende por plazo, al “acto de vencer o de ser vencido”, esto implica vencimiento caducidad de un tiempo determinado.

Jurídicamente hablando el plazo no se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú, en ese sentido menciona Amado (2010), “El Tribunal

Constitucional, al mencionar que el derecho al plazo razonable es un contenido implícito del derecho al debido proceso. Pero también el Tribunal Constitucional ha dicho que tales contenidos implícitos de los “derechos viejos” no debe ser confundido con los derechos nuevos o no enumerados” entendidos como aquellos derechos no mencionados expresamente en la Constitución del Estado, tales como el derecho a la verdad, el derecho al agua potable, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos entre otros derechos que cuentan con pleno reconocimiento constitucional de conformidad con el art. 3 de la Constitución del Estado y del desarrollo de la jurisprudencia constitucional nacional y comparada”. (p. 3).

En ese sentido, se debe entender que el derecho al plazo forma parte de los derechos constitucionales implícitos del Derecho al Debido Proceso reconocidos en el Art. 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú.

Dentro del sistema jurídico procesal se encuentra varios tipos de plazos entre ellos está el plazo razonable, convencional, el plazo judicial, el plazo común, el plazo particular, el plazo legal y proporcional. Sin embargo, en la investigación solo es de importancia desarrollar el plazo razonable.

5.2 El Plazo Razonable.

El Nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957- establece en el artículo 1 de su Título Preliminar que “la justicia penal (...) se imparte (...) en un plazo razonable”. Así mismo en el Art. 142 del mismo cuerpo de leyes, se indica que todas las actuaciones procesales se practican puntualmente en el día y hora señalados, sin admitirse dilación; los plazos de la actividad probatoria regulados por el Código son por días, horas y el de la distancia y se computan según el

calendario común. Estos dispositivos legales hacen referencia que toda persona debe ser juzgada en un determinado plazo como garantía al debido proceso.

Al respecto el Tribunal Constitucional Peruano, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH (Caso Suarez Rosero vs Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997), ha establecido que “el derecho al plazo razonable es propiamente una “manifestación implícita” del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana. Así, el principio del plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurare que ésta se decida prontamente”. (Caso Henry Vidal Guevara Huashualdo, 2011).

El derecho al plazo razonable de los procesos en general se encuentra expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3.c) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1). Este instrumento internacional establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En ese sentido, está fuera de toda duda que el contenido del derecho al plazo razonable del proceso despliega sus efectos jurídicos a todo tipo de proceso o procedimiento penal, civil, laboral, administrativo, corporativo, etc. El derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye

una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.

El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes. Para determinar si, en cada caso concreto, se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable. (Vieteri, 2016, p.2).

En base a lo anteriormente mencionado, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0295-2012-PH/TC, ha precisado, que para establecer un plazo razonable debería evaluarse los siguientes presupuestos:

i) la complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil. **ii)** la actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado; y, **iii)** la conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa la celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo Juez encargado de dilucidar una causa.

Respecto a la complejidad del asunto, la misma debe ser analizada de acuerdo a los factores de un caso en concreto, como es el establecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; el análisis jurídico de los hechos acerca de los cuales se ha producido el proceso penal; la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; la pluralidad de agraviados o inculpados; entre otros factores. (Vieteri, 2016, p.2).

La actividad procesal del interesado, se encuentra referido a determinar si la conducta o actividad procesal de las partes del proceso ha sido incompatible con las normas legales o ha tenido por objeto obstruir o dificultar el correcto desarrollo de la administración de justicia. En este orden, algunas de las conductas que podrían evidenciar una conducta obstruccionista son: las relacionadas con la colaboración del procesado en el esclarecimiento de los hechos; la presentación de documentos falsos; las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvían el adecuado curso de las investigaciones; el entorpecimiento en la actividad probatoria; la manipulación de testigos; la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, entre otros.

La conducta de las autoridades judiciales; se encuentra encaminado a evaluar la conducta procesal de las autoridades judiciales o fiscales, que intervienen en el proceso e influyen, con su comportamiento, en el desarrollo del mismo, sus “tiempos y movimientos”; el impulso procesal que se debe dar a las investigaciones, las reiteraciones de pedidos, entre otras.

Por tanto, no estaría justificada la excesiva dilación del plazo originada por las conductas propias de la falta de diligencia y profesionalismo de las autoridades a cargo de un determinado proceso.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0295-2012-PH/TC, también ha establecido el inicio y el fin del cómputo del plazo razonable, señalando que el cómputo del plazo razonable comienza a correr desde el primer acto del proceso dirigido contra la persona como presunto responsable de un delito, el que a su vez puede estar representado por: i) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva, o ii) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso; esto implica que el plazo razonable comienza a correr desde que se ha dado la orden para la realización de un acto procesal, diligencia o desde la apertura para la presentación de documentos o medios de prueba en una investigación. (Caso Aristóteles Román Arce Paucar, 2015).

A modo de conclusión tenemos que el derecho al plazo razonable forma parte de los derechos constitucionales implícitos del derecho al Debido Proceso reconocidos en el Art. 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú, pues se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

De igual forma dicha institución procesal la encontramos recogida en el artículo 1 de su Título Preliminar que “la justicia penal (...) se imparte (...) en un plazo razonable”, el cual nos quiere decir que toda persona debe ser juzgada en un determinado plazo como garantía al debido proceso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, han establecido que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto.

En consecuencia, la aplicación de la figura de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, implica que en la norma establezca un plazo mayor y razonable de acuerdo a la complejidad del asunto de un caso concreto, a fin de que el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa presentando nuevas pruebas si así lo considera necesario y además que su abogado pueda plantear una estrategia de defensa.

El plazo razonable puede determinarse en razón a las circunstancias que de manera oportuna y precisa deberá aclarar el acusado, y debe ser mayor cuando sea necesario que se practique una pericia, traer a un testigo, solicitar documentos de un lugar alejado, o que sea necesario contratar peritos o especialistas que no laboren en la ciudad; esto significa que el Juez deberá analizar con especial cuidado cada caso.

Debe indicarse, que el derecho a un plazo razonable constituye un derecho fundamental recogido además en los tratados internacionales de los que el Perú es parte.

CAPÍTULO 6

LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL CUANDO LA PENA A IMPONERSE ES MAYOR A LA SOLICITADA POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En el este capítulo se abordó el principio de imputación, la congruencia que debe existir entre la acusación formulada por el titular de la acción y el fallo emitido por el Juez o Colegiado; así como la vulneración que se puede originar cuando el órgano decisor se aparta del requerimiento acusatorio.

Es por ello que se desarrollará el principio de imputación, en el cual se indicó cuando inicia, quien tiene la facultad de aplicarlo y cuál es su importancia en todo proceso. Así también se estudió la congruencia que existe entre acusación y sentencia, esto implica que una determinada acusación debería tener una sentencia bajo es mimos sentido, dando lugar al principio de congruencia procesal, el cual no debería verse vulnerado para no afectar el derecho a la defensa de los acusados.

6.1 Principio de Imputación

La imputación mínima o necesaria y los medios para su protección en el nuevo sistema procesal penal constituyen uno de los tópicos poco desarrollados en la doctrina nacional. No obstante, que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve su importancia en orden a garantizar el derecho de defensa y el deber de motivación del requerimiento de acusación, y que se refleja, en la práctica actual, en la precariedad de descripción de los hechos investigados en la disposición de formalización de investigación preparatoria. (Rumo, 2014, p. 222 y ss).

Ejemplo de ello se aprecia cuando: se imputa de manera genérica a "x" el haber matado a "y", sin precisión de las posibles circunstancias agravantes, pero la tipificación del hecho o calificación jurídica se refiere al delito de Homicidio calificado previsto en el artículo 108 Código Penal; aquí se formula una proposición carente de precisión que no guarda correspondencia con los elementos del tipo penal agravado por el que se formaliza la investigación.

Frente a ello, la norma procesal regula de manera expresa la facultad del Juez de controlar la imputación en el artículo 352 numeral 2 del Código Procesal Penal, esto es, solo con el traslado de la acusación la defensa puede formular observaciones de carácter formal. Ello podría conducir a afirmar que solo en dicho estadio procesal el Juez de la investigación preparatoria puede realizar un control formal de la imputación al ser la única mención que realiza el Código Procesal, al no encontrarse habilitado por las reglas generales de competencia del artículo 29, del mismo cuerpo de leyes. De acuerdo a ello, el Juez puede incluso devolver la acusación para que el Fiscal cumpla con subsanar o aclarar su acusación, pero ¿puede el juez controlar la imputación, llámese hecho investigado, en un momento anterior a la etapa intermedia?, ¿tiene alguna funcionalidad la comunicación al juez de la formalización de la investigación preparatoria?

Desde la perspectiva del derecho penal liberal, podríamos decir que el hecho, de carácter verificable, contrastable en el proceso penal hace referencia a aquél acontecimiento generado por acción u omisión que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción (Roxin, 1999, p.252); y que tuvo lugar en el pasado. En definitiva, no se refiere a algo que puede o pudo pasar en el futuro, y menos a pensamientos o personalidades peligrosas; y con los avances de la ciencia y tecnología, la aparición de nuevas formas de criminalidad, el derecho

penal ha evolucionado, llevando a la introducción de una dogmática propia de responsabilidad penal de personas jurídicas, los delitos de peligro abstracto en los que no existen víctimas ni lesión concreta, que nos conducen a sostener que los principios del derecho penal liberal tradicional o clásico se han relativizado (Maier, 2008, p. 875) y que, por tanto, nos ubicamos inexorablemente en la crisis del Derecho Penal (Silva, 2001, p.25).

Muy a pesar del estado de la cuestión, el proceso penal no puede desligarse de su función de método de verificación de un hecho punible, por cuanto, precisamente, dicha categoría jurídico penal se encuentra ubicada en el centro de la construcción tanto del derecho penal como del proceso penal, y, por tanto, todas las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad giran en torno al mismo.

Así, el legislador selecciona conductas o hechos que pretende prevenir, en igual sentido, el proceso penal como verificación a través del desarrollo de las garantías del juicio ha de comprobar la existencia de un hecho y las circunstancias que habilitan la imposición de la pena. Por ello, la referencia al "hecho" comprobable o verificable resulta irrenunciable, y gracias a ello aún podemos sostener la legitimidad del proceso penal. (Maier, 2008, p. 878).

En segundo lugar, la norma procesal en su artículo 336 numeral 2, establece que la disposición que contiene la formalización de la investigación preparatoria debe contener, el nombre completo del imputado; los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación.

Esta regulación expresa recoge el mandato constitucional de preservación del derecho de defensa en su vertiente del derecho de conocer los cargos formulados y que se denomina "Imputación necesaria".

Maier (2004) considera que la imputación debe ser clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto; ello significa describir un acontecimiento -que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente); siendo así, una imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos, para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o reducirla.

El Tribunal Constitucional ha establecido la obligación del juez penal de motivar el auto apertura de instrucción; entiéndase ello en el Código de procedimientos penales; especificando los hechos concretos imputados así como la tipificación realizada, en relación al derecho de defensa, pues no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de los hechos denunciados y del tipo penal atribuido, sino que comporta la ineludible exigencia de se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa (Canturias Salaverry y otros, 2007)

6.2 Congruencia entre la Acusación y la Sentencia

La correlación entre la acusación y la sentencia, implica que la decisión última a tomar por el juzgador sea expresión acabada del contenido de la acusación formulada por el representante del Ministerio Público; quiere decir, entonces, que

la sentencia no puede recoger una distinta modalidad delictiva que la del escrito de acusación, por lo que el Juez o Tribunal está prohibido en contemplar nuevos hechos que no se encuentran comprendidos en la hipótesis incriminatoria. Una exigencia mínima del modelo acusatorio y, por ende, inderogable es que el órgano que va a decidir la cuestión no introduzca los hechos que sirvan para la imputación (Galdana Perez, 2002, p.11-13).

Es el Fiscal quien debe recoger los hechos que sostienen la imputación jurídico-penal, pues el artículo 349 numeral 3 (in fine) del Código Procesal Penal, le otorga al fiscal la posibilidad de señalar en su acusación, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

De todas formas, consideramos que el cambio de tipificación debe preservar la homogeneidad del bien jurídico tutelado, a fin de salvaguardar el derecho de defensa y de contradicción. Así, lo ha entendido la doctrina, precisando a este respecto que la identidad al menos parcial de los actos de ejecución de ambos tipos delictivos (Verger, 1994, p. 172) no supone afectación alguna a esta garantía.

En este orden de ideas, si el fiscal formula acusación por el delito de hurto simple (artículo 185 del CP), no habrá problemas de que la sala pueda condenar por el delito de hurto agravado (artículo 186 del CP), siempre y cuando los hechos que dan lugar a la adecuación típica hayan sido introducidos al debate y se haya producido actuación probatoria con respecto a ella. Ello es posible debido a que

existe inmutabilidad en los hechos introducidos en el proceso, mas no en la calificación jurídica que se da a los mismos. (Gálvez, 2011, p.733).

En esencia, nos encontramos ante una recalificación o retipificación o adecuación de la conducta punible a fin de alcanzar una decisión judicial justa y también para evitar la impunidad. (Sánchez, 2004, p. 617).

El CPP del 2004 en el artículo 397 numeral 2, recoge esta garantía y determina lo siguiente “En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374 del CPP del 2004”. Este numeral prevé que si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el juez penal suspenderá el juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

De tal forma que el órgano jurisdiccional les confiere la posibilidad de pronunciarse sobre la nueva tesis delictiva y de ofrecer la prueba que corresponda. Es decir, se realiza un nuevo juicio sobre los hechos que fundamentan la nueva calificación de las partes acusadoras que han surgido a lo largo del proceso, que no integraban la acusación inicial y que deben ser combatidos en un nuevo juicio que sobre ellos se abre. (Moreno, 1995, p. 246).

Si bien la norma no lo dice, consideramos que el juzgador podrá modificar la adecuación típica del fiscal (“desvinculación de la acusación”), aun ante su negativa; basta para ello que se haya permitido a las partes ejercer el derecho de

defensa y contradicción; de no ser así, se estaría poniendo una valla muy alta de sortear y, como se dijo, la potestad persecutoria es la que recae sobre el fiscal, más la potestad punitiva es una atribución típica de la actividad jurisdiccional, por lo que solo a los jueces le corresponde la aplicación de la facultad sancionadora estatal. Por consiguiente, la normatividad confiere a los tribunales poderes discrecionales que confirman su actuación autonómica con respecto a su facultad decisoria.

Bajo este rubro el legislador ha glosado ciertos criterios que se erigen en límite, potestad y prohibición de la sentencia con respecto al escrito de acusación; en el entendido que la resolución que pone fin al proceso penal no puede ir más allá del contenido del requerimiento fiscal (principio de congruencia), ha de ceñirse al relato fáctico que sostiene la acusación, no puede pues sin más agregar aspectos fácticos no incluidos en aquella ni tampoco imponer una sanción punitiva más grave a la solicitada por el fiscal.

Como se dijo en el apartado correspondiente, la acusación delimita el objeto del juzgamiento solo serán susceptibles de ser valorados por el juzgador aquella base fáctica sobre la cual el fiscal ha construido su teoría del caso, en virtud de la cual sostiene las figuras delictivas aplicables.

Si fuese admisible la posibilidad de que el órgano jurisdiccional incorpore hechos que no fueron materia de actuación probatoria, se colocaría a las partes en un evidente estado de indefensión, sobre todo, con respecto al imputado, quien podría ser objeto de nuevas incriminaciones, de tipos penales que no estaban contenidos en la acusación, así como la configuración de circunstancias agravantes.

En otras palabras, si el tribunal pudiera dar por acreditados hechos no contenidos en la acusación, entonces se estaría condenando al acusado sin que haya tenido

oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que respecta a ellos y presentar su propia prueba. (Baytelman, 2007, pp. 72-73).

Mas es sabido que en esta dialéctica que toma lugar entre el fiscal y el imputado, es este último la parte más débil de la relación, por lo que la ley procesal se coloca en dicha situación, al permitir que el tribunal pueda agregar hechos no descritos en la acusación o en la acusación complementaria, cuando el acusado haya resultar favorecido.

Será el caso de aquellas circunstancias que puedan incidir en figuras atenuadas, que hayan de reforzar la debilidad de la tesis de incriminación, así como para permitir una sustancial reducción punitiva; puede tratarse de aquellos hechos que la defensa agregó en el debate y que no fuesen propuestos en la audiencia preliminar de la etapa intermedia.

Como se advierte la congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, porque solo en el primer caso se está poniendo en riesgo una adecuada defensa material del imputado. (Horvitz, 2002, p. 341)

Se pone de manifiesto en la doctrina que la correlación entre la acusación y la sentencia debe tener una correspondencia referida al hecho punible, como hecho histórico y natural, y a la persona del acusado, conformando ambos extremos la correlación exigida; y aunque en la actividad jurisdiccional rige en general el principio *iura novit curia*, esto es el Juez conoce el derecho, el tribunal no es plenamente libre para deducir la consecuencia jurídica, pues en el proceso penal aquel principio encuentra importantes restricciones por los principios de contradicción y defensa.

Como se sostuvo anteriormente la potestad de aplicar el ius puniendi o la facultad sancionadora del estado, en cuanto a la calificación legal y la magnitud de la pena, corresponde solo al órgano judicante, el tema de la inmutabilidad del relato fáctico propuesto en la acusación no tiene que ver con el principio acusatorio, sino con los derechos de defensa y contradicción, (Calderón, 2001, p.424). Por todo lo demás, nos remitimos a todo lo dicho en el marco del análisis efectuado en el artículo 374.1 del CPP del 2004.

Ahora bien, el articulado bajo examen, incluye también un criterio no menos importante. La relación adversarial tiene que ver con el fiscal y la defensa del imputado; en tal estructura de litigio, el juez asume una posición imparcial, pues la función de aquel es de impartir justicia con objetividad, sujeto a la actuación probatoria que las partes efectúen en el juicio oral. Con ello, ha de entenderse que el fiscal es la parte acusadora, quien debe sostener la pretensión punitiva y, por otra la defensa, que ha de sostener una tesis en contrario; de tal forma que un juez en realidad imparcial, en un proceso penal acusatorio de rasgo adversarial, no puede a la par que el proceso civil, sustituir a una de las partes, recogiendo una pretensión que no ha sido formulada por ninguno de ellos, pues ello significaría quebrar el principio de congruencia, consustancial a la idea de un debido proceso.

Siendo así, queda claro que el juez no puede ir más allá de lo solicitado por el fiscal, en cuanto a la pretensión punitiva, no puede imponer una pena de mayor magnitud a la requerida por el persecutor público.

Si el Tribunal decisorio impone una pena más grave a la peticionada por el fiscal, se estaría situando en el rol de acusador, con evidente contravención a la imparcialidad que lleva inherente al cargo. Empero, el artículo 397.3, dispone que

sí podrá imponer una pena más grave cuando el fiscal, sin causa justificada que lo ampare, solicite una pena por debajo del mínimo legal; lo que a su vez quiere decir que el tribunal puede imponer una sanción menor a la pedida por el persecutor público, dicha potestad hemos de sostenerla en el principio de legalidad material, principal vinculación que ha de aplicar el juez en su esfera estrictamente decisoria, con arreglo al principio de determinación judicial de la pena. (Cortez, 1995, p. 421).

6.3 Vulneración al Principio de Presunción de Inocencia y el derecho a la Defensa.

1. Presunción de inocencia. - El principio de presunción de inocencia impone al órgano estatal de persecución penal la carga de demostrar la culpabilidad del imputado mediante la actuación de pruebas indubitables; correlativamente, el imputado se encuentra exento de demostrar su inocencia.

Si bien la esencia de este principio radica en la consideración del imputado como inocente, sin embargo, su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene siendo procesada penalmente sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad penal alguna, y por tanto, no se le puede tratar como culpable. (Burgos, 2005, p. 64).

Para Ayo Fernández (1997); la presunción de inocencia, proyecta una eficacia en un doble plano, en las situaciones extraprocesales (el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o participe en hechos análogos a estos) y en el terreno procesal (presunción con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba), estableciendo la necesidad de que toda condenada vaya precedida de una actividad probatoria, que las pruebas sean tales y

constitucionalmente legítimas, y que la carga de la prueba corresponda a los acusadores (p. 776)

Al abordar el contenido de la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional, en las sentencias de los Exp. N° 10107-2005-PHC/TC. FJ. W S. Caso: Noni Cadillo López; Exp. N° 0198-2005-HC/TC. FJ. N° 2. Caso: James Louis King.;y Exp. N° 6712-2005-HC/TC. FJ. N° 15. Caso: Magali Medina Vela; ha dejado entrever la estrecha relación que guarda este derecho con el principio de libre valoración de la prueba. Así, ha acotado que en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional, esto es la Sana Crítica. En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios sin que estos tengan asignado un valor predeterminado (Tarifa legal). No obstante, la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Tal desarrollo jurisprudencial resulta notable, dado que nuestro Tribunal ha coadyuvado a cimentar y garantizar -de manera efectiva- el derecho a la presunción de inocencia. Por lo demás, esta línea jurisprudencial también resulta acorde con el modelo de valoración probatoria adoptado por el nuevo Código Procesal Penal, a saber, un modelo de valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables que permiten garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (Talavera, 2009, p.171).

Dentro de estas pautas o reglas de valoración probatoria, resultan destacables, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (Artículo 393.2 NCPP). Si bien en nuestro tradicional sistema, el principio de presunción de inocencia siempre ha exigido la certeza para destruir el estado de inocencia, el nuevo Código Procesal señala que para ello se "requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales" (Artículo 1, TP).

En efecto, la presunción de inocencia impone un control de los cauces a través de los cuales se forma la convicción del juzgador en torno a la certeza positiva o negativa de los hechos objeto del proceso penal. O, en otros términos, como lo señala Cedeño (2000) no todos los materiales obrantes en el proceso y que sean, en principio, aptos para proporcionar un convencimiento sobre los hechos pueden ser utilizados como fuente de convencimiento del juzgador (p.215). En este sentido para poder fundar la convicción del juzgador acerca de la culpabilidad del imputado, debe haberse practicado con total respeto de las garantías constitucionales y legales.

Ahora bien, un proceso penal regido por el principio acusatorio, confiere al fiscal la facultad persecutoria y la carga de la prueba. En este sentido es el órgano requirente el destinado a probar la culpabilidad del imputado, y para tal fin, deberá acopiar suficientes elementos de pruebas incriminatorios susceptibles de poder enervar y destruir el estado jurídico de inocencia. (Peña, 2006, p- 945).

Para Gálvez (2008), la presunción de inocencia implica, los siguientes presupuestos; solo la sentencia tiene la virtualidad de construir jurídicamente

la culpabilidad del imputado; la responsabilidad implica la adquisición de un grado de certeza a través de una mínima actividad probatoria; el imputado no tiene que construir su inocencia y el imputado no pierde el estado de inocencia.

(p.1054)

Desde la perspectiva del nuevo Código Procesal Penal, se puede precisar que las notas esenciales del principio de presunción de inocencia son: la carga material de la prueba le corresponde a la acusación (Artículo 65.1); por prueba como regla general se entiende la practicada en el juicio oral (Artículo 356); no son actos de prueba sino objeto de prueba los atestados policiales, los cuales procesalmente tienen valor de denuncia; Tampoco son medios de prueba las declaraciones de los policías vertidas en el atestado policial, siendo necesario que tales funcionarios declaren en el juicio oral, debiendo en tal caso que sus declaraciones sean aplicadas como declaraciones testificales, en cuanto se refieren a los hechos de conocimiento propio; el órgano jurisdiccional de instancia es soberano en la libre apreciación de las pruebas (Artículo 393).

Es de destacar, que el artículo 11 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, engarza la garantía del *in dubio pro reo* como componente de la presunción de inocencia, que obliga al juez a resolver la causa de fondo a favor del imputado, toda vez que, luego de realizada la correspondiente actuación y valoración probatoria, subsiste duda razonable sobre la responsabilidad penal del justiciable. Es así que este Código ha estipulado que “en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

En este sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia recaída en el expediente N° 0828-2005-HC/TC (FJ. 15 y 16. Caso: Porras Oroya), estableció que:

“El *in dubio pro reo*] es aplicable al emitir pronunciamiento de fondo terminal, sobre la responsabilidad a irresponsabilidad penal del procesado, que incidirá inevitablemente en su libertad individual, dado que en etapas anteriores a la sentencia se encuentra vigente la presunción de inocencia, que es garantía del debido proceso reconocido por la Norma Suprema. Consecuentemente, encontrándose en trámite el proceso penal seguido al recurrente, es en su desarrollo en el que éste debe desvirtuar las imputaciones hechas en su contra, siendo, por tanto, prematuro -dado que la etapa de instrucción no ha culminado- y ajeno a las facultades del Tribunal Constitucional, pretender la aplicación del principio *in dubio pro reo* ante la modificación de una medida cautelar. Por lo tanto, su aplicación queda librada a la culminación del proceso penal correspondiente”.

Cabe agregar, que si bien el *in dubio pro reo* como la presunción de inocencia son manifestaciones del genérico *favor reo*, la diferencia entre ellos radica en que el primero pertenece al momento de la valoración probatoria, esto es, ha de aplicarse cuando, habiendo prueba, existe una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal que se trate. En cambio, la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de prueba realizada con las garantías procesales anteriormente analizadas. (Picó, 1997, p.173)

- 2. El Derecho a la Defensa.** En el sistema acusatorio, el acusado es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador resistiendo la imputación, ejerciendo su derecho a defenderse. (Langer, 2004, p. 239).

El derecho de defensa en el sistema acusatorio consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva

estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe. Para BINDER (1993), el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. (p.151).

Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal. La defensa en juicio no es únicamente un derecho disponible por parte del imputado, sino que también está en juego la legitimidad del juicio y del proceso en general conforme a lo exigido por el Estado de Derecho.

El derecho a la defensa en juicio se trata de una garantía que -por estar relacionada a la existencia de una imputación contra el ciudadano- se materializa desde el momento mismo en que la imputación aparece, es decir, incluso desde etapas previas al inicio del proceso penal (Oré, 1999, p. 73), lo que supone la exigibilidad de su respeto desde dichos momentos.

Respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, el TC en la sentencia del Exp. N° 0010-2002-AI, 03/01/03; ha sostenido que: "... garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido...".

El derecho a la defensa comprende genéricamente el derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los

antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa; el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo; el derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; el derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y el derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista.

Cabe precisar que la garantía que constituye el derecho de defensa no se restringe al ámbito de un procedimiento penal, sino que, por el contrario, se extiende al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues como sostiene Maier (2004) protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal. (p. 541).

Esta garantía se contempla en los Artículos 7, 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Artículo 11.1 de la Declaración Universal de derechos Humanos; artículos 9, inc. 2 y 4, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El no respeto de estas garantías puede conllevar la nulidad de actuaciones del procedimiento o, incluso la nulidad del juicio y de la sentencia.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 139.14, reconoce:

" ... El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado de/proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un

defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad...”

El derecho penal tiene como fundamento el respeto de la dignidad humana, y en ese sentido, el trato igualitario a todos los intervinientes en el proceso penal parte del respeto debido a la dignidad humana. La dignidad de la persona humana se funda en el hecho controvertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas. (Gonzales, 2005, p. 156).

La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado. La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar la igualdad de posiciones en el proceso penal. La defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada. (Horvitz, 2002, p.228).

3. El Derecho de Defensa Material. Este derecho se encuentra ligado y se acredita su ejercicio con los siguientes derechos:

a) **Derecho de Información.-** La Corte Americana de Derechos Humanos establece que el inculpado tiene derecho a que se le comuniquen previa y detalladamente los cargos formulados (artículo 8.2.b). El PIDCP consagra el derecho del imputado a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra (artículo 14.3.a)

El Nuevo Código Procesal Penal establece que los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible que tiene derecho a conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra cuando corresponda (artículo 71.2.a).

En la sentencia del TC (Exp. N° 3390~2005-HC, 06/08/05), y como ejemplo de vulneración de los derechos antes mencionados tenemos:

“El juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa toda vez que al no estar informada con certeza de los cargos Imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce. Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual determina que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos

fundamentales que Integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional; ambos garantizados por la Norma Constitucional.”

De ello tenemos que cuando se omite señalar la modalidad delictiva del delito, se causa indefensión; entonces mucho más se causaría si se pretende cambiar el tipo penal formulado en la acusación.

b) Derecho de Intervención en el Procedimiento. - Es una manifestación del derecho a ser oído y está constituido por la posibilidad del imputado de intervenir en el procedimiento sea para ser excluido tempranamente de la persecución penal o para influir sobre la decisión del tribunal de juicio oral a través de la producción, confrontación y valoración de la prueba. Esta es la lógica del proceso penal. (Roxin, 2006, p. 124).

El principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de producir pruebas de cargo y de descargo respectivamente: la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia convencional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que

reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario. (Cafferata, 1998, p.57)

- c) **Derecho que Impone un deber de Abstención por parte de los Órganos que Intervienen en la Persecución Penal y el Enjuiciamiento.** Se trata de que tales órganos se abstengan de afectar los derechos del imputado, ya sea porque se encuentran teleológicamente conectados con el derecho de defensa o ya sea porque emanan del principio de la dignidad humana; siendo estos derechos a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, el principio de no autoincriminación, entre otros. (León, 2014, p. 98)

Así se encuentra recogido en el artículo 14.3 g, del PIDCP como el derecho de toda persona "a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". Para Roxin (2000), este derecho tiene tres dimensiones: derecho a no prestar juramento al momento de declarar; derecho a guardar silencio; y derecho a no ser utilizado como fuente de prueba inculpativa en contra de sí mismo; prohibición de exceder, en la sentencia, del contenido de la imputación (principio de congruencia).

Siendo ello así, la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, esto es, no puede condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Su infracción genera la nulidad absoluta de la sentencia. Por otro lado, la variación sorpresiva de la calificación jurídica de los hechos en la sentencia puede afectar el derecho de defensa

del imputado si ella estuvo fuera de las previsiones del defensor y perjudica en forma intensa a su defensa.

De todo lo mencionado tenemos que la opción asumida por el NCPP está orientada hacia el respeto de los derechos fundamentales del imputado, tomando de esta manera distancia de concepciones derivadas de un modelo de derecho penal flexible respecto a determinadas garantías y libertades.

Las garantías procesales están orientadas a asegurar la intervención activa de los participantes del conflicto jurídico-penal en el establecimiento de la decisión, en consecuencia, el proceso penal es un proceso de comunicación en que cada uno de los intervinientes tiene la posibilidad real de influir sobre su resultado.

El derecho de defensa en el sistema acusatorio consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.

El derecho de defensa del imputado comprende la defensa material como la defensa técnica. La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado. La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

CAPÍTULO 7

LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL VULNERA EL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL RECOGIDOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO, CUANDO LA PENA A IMPONERSE ES MAYOR A LA SOLICITADA POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Como se ha mencionado, la aplicación de la desvinculación de la acusación fiscal por parte del Juzgador, facultad que se le ha atribuido en el inc. 1 del Art. 374 del Código Procesal Penal, implica una alta vulneración al debido proceso, al principio del Juez Imparcial y al derecho de defensa del acusado; en ese sentido a fin de validar la investigación, se ha realizado entrevistas a magistrados que conocen muy de cerca el tema en mención, y en sentido brindaron sus opiniones y discrepancias que se ven reflejadas en el cuadro que aparece a continuación.

Tabla N° 01: La Desvinculación de la Acusación Fiscal y su Vulneración al Debido Proceso y al Principio del Juez Imparcial.

FE	SI	NO	In1	In2	In3
P1	45.00%	55.00%	x		
P2	35.00%	65.00%		x	
P3	30.00%	70.00%			x
P4	50.00%	50.00%		x	
P5	70.00%	30.00%		X	

Fuente: entrevista la desvinculación de la acusación fiscal y su vulneración al debido proceso y al principio al juez imparcial

LEYENDA:

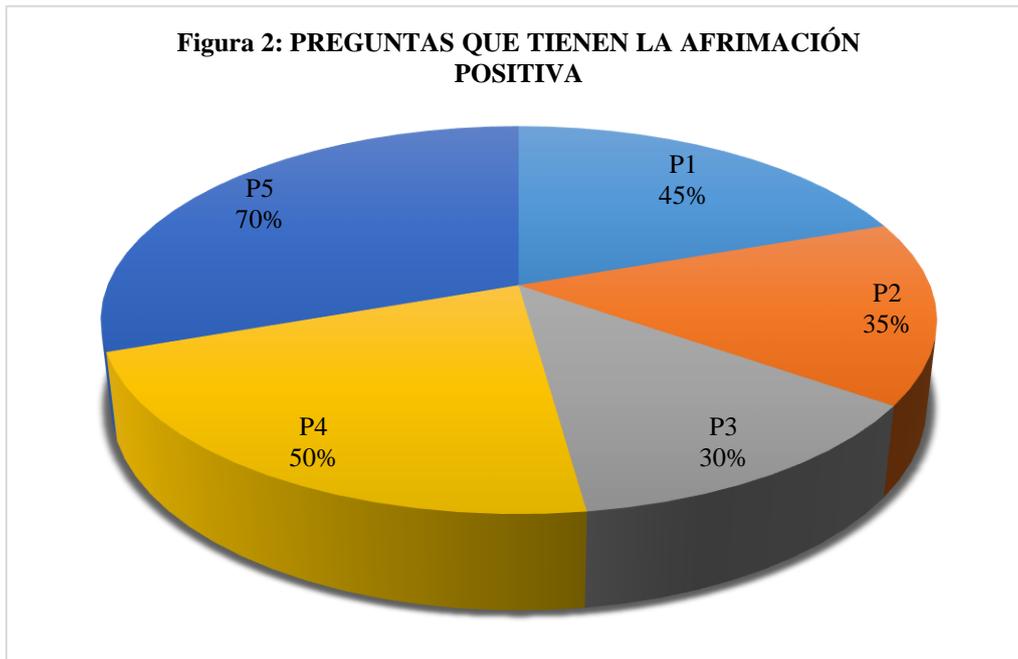
In 1: Se atenta las atribuciones y facultades del representante del Ministerio Público

In 2: Se genera Indefensión del Acusado.

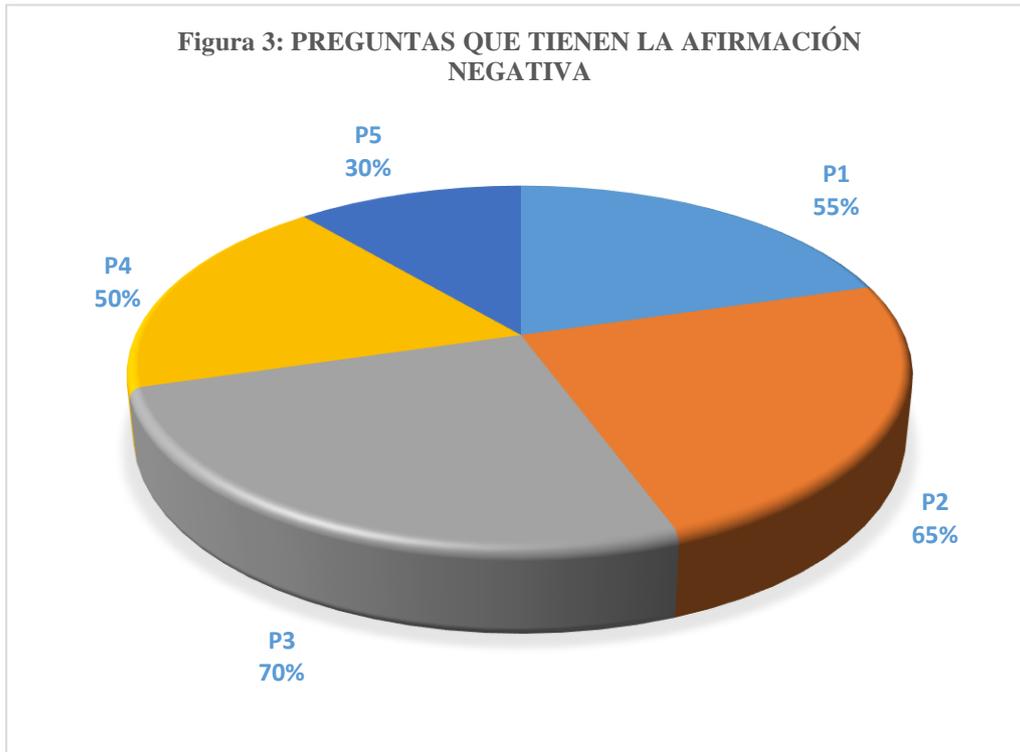
In 3: Se emitiría un fallo por un delito más grave y no previsto en la acusación

In 4: Se adelantaría un fallo vulnerando el principio de presunción de inocencia.

El cuadro antes elaborado, de manera gráfica, muestran los resultados de la siguiente manera:



Fuente: Entrevista La Desvinculación de la Acusación Fiscal y su Vulneración al Debido Proceso y al Juez Imparcial



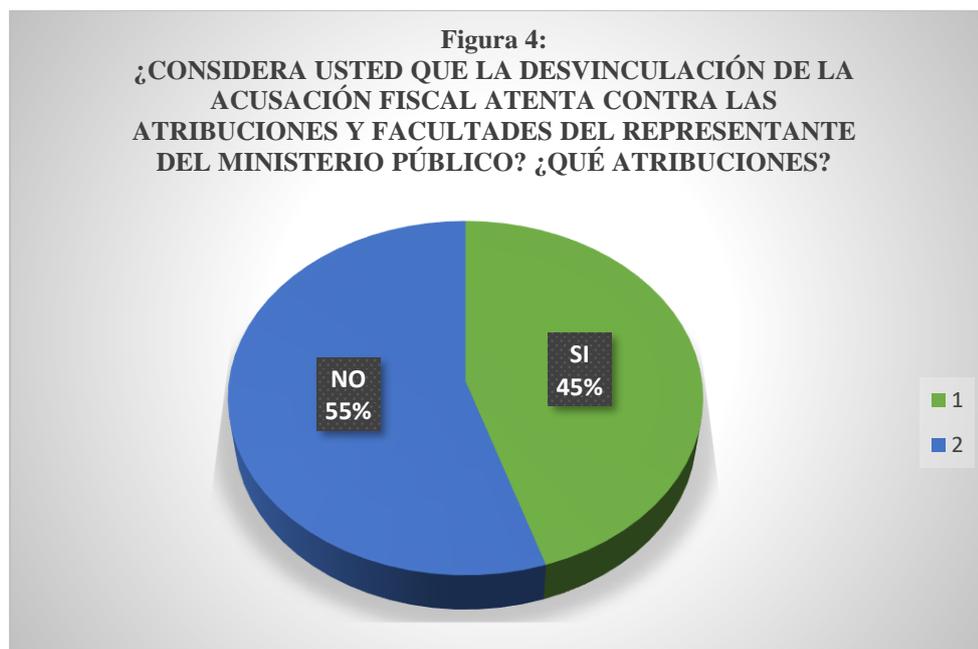
Fuente: Entrevista La Desvinculación de la Acusación Fiscal y su Vulneración al Debido Proceso y al Juez Imparcial

7.1. Resultados de las Entrevistas.

En la entrevista se realizó cinco preguntas formuladas en base a los indicadores derivados de los objetivos de la investigación, estas preguntas abarcan de manera general el tema de la Desvinculación de la Acusación Fiscal. Se entrevistó a veinte magistrados, diez de ellos Jueces y diez Fiscales, algunos de ellos especificaron las razones de sus respuestas, lo cual ayudó a entender mejor sus opiniones respecto al tema en mención.

En ese sentido las preguntas fueron las siguientes:

- 1) **¿Considera usted que la Desvinculación de la Acusación Fiscal atenta contra las atribuciones y facultades del Representante Del Ministerio Público? ¿Qué Atribuciones?**



De los entrevistados, el cincuenta y cinco por ciento indicó que la aplicación de la desvinculación de la acusación fiscal no atenta contra las atribuciones y facultades del Ministerio Público, mientras que un cuarenta y cinco por ciento indicó que si se atentaría contra las atribuciones conferidas por ley a los representantes del Ministerio Público.

Las razones por las cuales indicaron que no se atenta contra las atribuciones y facultades del Ministerio Público, es porque se trata de una facultad que posee el Fiscal, de acogerse o no a la nueva calificación jurídica, debido a que es el Juez quien administra justicia y ante una circunstancia evidente no podría pasar por alto lo advertido; porque el Juez deberá sentenciar conforme a la valoración que haya hecho de la prueba actuadas en juicio y subsumidas en el tipo penal que considere correcto para él, que no siempre será la postulada por el Fiscal; porque es una facultad del Juez quien tiene la posibilidad de sanear el proceso

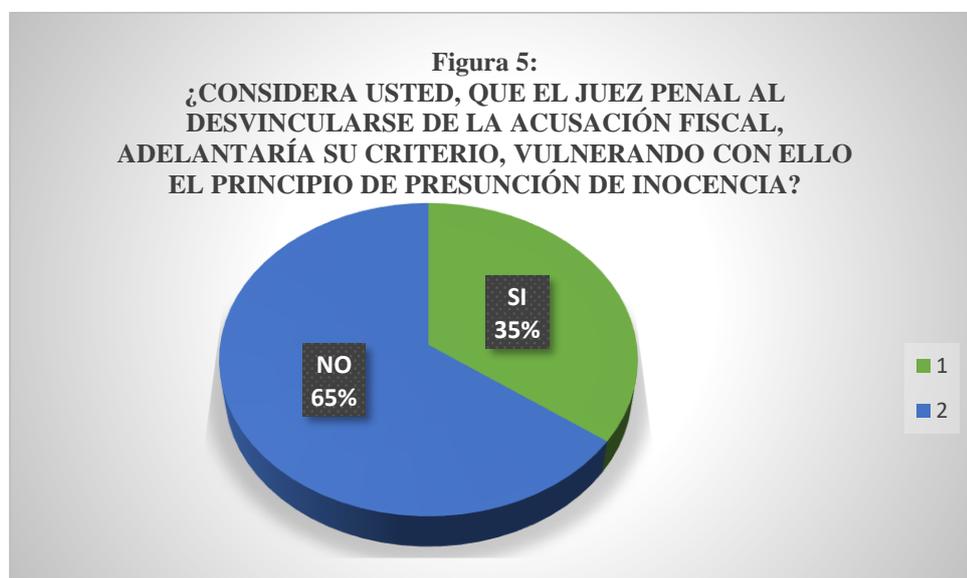
y evitar nulidades posteriores, porque el Código Procesal Penal faculta al Juez a utilizar dicha institución procesal, porque la adecuada tipificación y subsunción es una garantía procesal y un derecho constitucional del procesado, porque es una herramienta procesal para emitir un pronunciamiento completo e integral sobre el fondo.

El cuarenta y cinco por ciento de los entrevistados que indicaron que si se atenta contra las atribuciones y facultades del Ministerio Público, debido a que: se atenta contra el mandato establecido en la constitución, pues es el Ministerio Público el titular de la acción penal quien debe tipificar los hechos; porque el Ministerio Público tiene a cargo la dirección de la investigación y por ende la calificación del delito de acuerdo a su teoría de caso, siendo que la calificación jurídica es la que establece los límites para todos los actos propios de todas las etapas del proceso; porque es una atribución indicada en la Constitución y brindada al Fiscal; porque es el representante del Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba y quien va a acusar; porque es el Fiscal quien afirma el hecho punible y la pretensión penal debería mantenerse en el proceso.

De acuerdo a las respuesta brindadas por los entrevistados, como es de verse la gran mayoría indicó que no se atenta contra las atribuciones y facultades de los representantes del Ministerio Público, en ese sentido, bajo el Principio de Legalidad, el Ministerio Público cuenta con la autorización constitucional, regulado en el Art, 159° en donde se indican las atribuciones que le confieren como órgano autónomo del Ministerio Público, bajo esa misma línea el Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal indica que es el Ministerio

Público el titular del ejercicio público, y tiene el deber de la carga de la prueba, es quien conduce la investigación y será quien finalmente emitirá una acusación con las formalidades de fondo y de forma que la norma establece. En ese sentido, el Juez al desvincularse de la acusación fiscal estaría tomando una función conferida constitucionalmente al Ministerio Público, y no existen excepciones para esta regla, pues de lo contrario se estaría vulnerando y transgrediendo derechos fundamentales y garantías procesales del imputado en un marco de un sistema procesal garantista.

- 2) **¿Considera usted, que el Juez penal al desvincularse de la acusación fiscal, adelantaría su criterio, vulnerando con ello el principio de Presunción de Inocencia?**



Del cien por ciento de los entrevistados el sesenta y cinco por ciento indicó que el Juez al desvincularse de la acusación no adelantaría su criterio porque: es el Juez quien al tener conocimiento de toda la actividad probatoria siempre tendrá

un criterio formado; porque lo que cambia es la calificación jurídica de los hechos a la luz de la información introducida en el debate probatorio; el pronunciamiento por la responsabilidad o no se reserva al tiempo de emitir sentencia respecto de la nueva calificación jurídica efectuada; el Juez al finalizar el juicio puede condenar por el delito contenido en la acusación; la presunción de inocencia se desvirtúa con la actividad probatoria realizada en el juicio; y porque el Juez es un Juez de garantías

Y el treinta y cinco por ciento indicó que el Juez al desvincularse de la Acusación Fiscal si adelantaría su criterio porque ya no sería imparcial; porque con el solo hecho de desvincularse ya estaría parcializando su decisión; porque ya se conocería el delito por el cual se va a sentenciar por haber solicitado el cambio de la calificación jurídica.

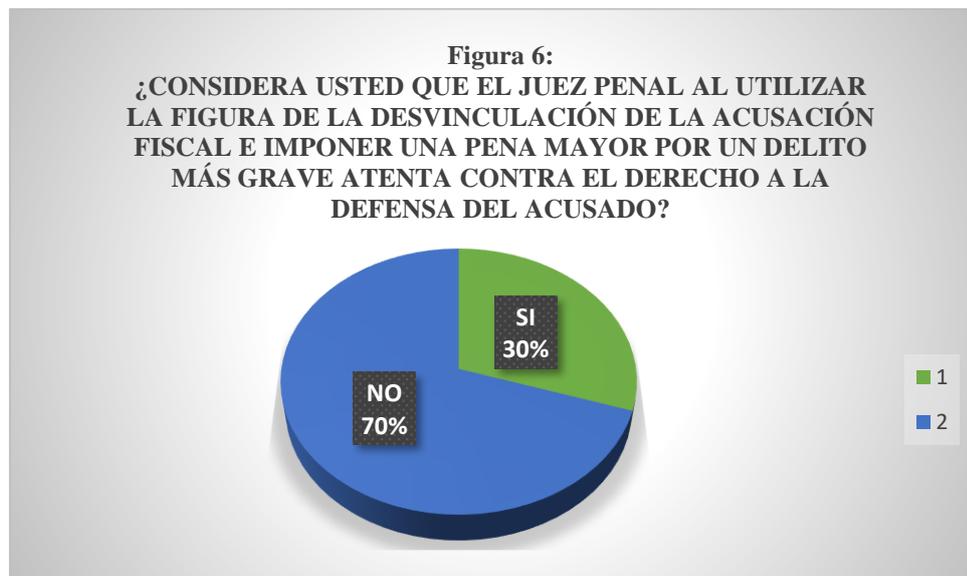
El artículo 2º.24. e) de la Constitución Política configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Así señala: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*.

Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima. En el mismo sentido el Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Penal indica que: *“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es*

considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario (...) Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

Las garantías a las que se hace alusión en este artículo, comprenden al Debido Proceso, a la imparcialidad del Juez, el derecho a ser juzgado por un Juez Imparcial, entre otras, en ese sentido, el Juez no puede en ninguna manera, indicar que se varíe el tipo penal, pues de cierta manera ya estaría indicando que va a sentenciar por el nuevo delito, pues bajo su perspectiva considerará que el nuevo tipo penal es el que se ajusta más a la comisión de un hecho delictivo.

- 3) **¿Considera usted que el Juez penal al utilizar la figura de la Desvinculación de la Acusación fiscal e imponer una pena mayor por un delito más grave atenta contra el Derecho a la Defensa del acusado?**



El setenta por ciento de los entrevistados, respondió que no se atenta contra los derechos de defensa del acusado, puesto que en ese estadio de la investigación se puede aplicar una conclusión anticipada; porque lo único que cambiará es la calificación jurídica; porque para que se dé la desvinculación se requiere que se garantice el derecho a la defensa e incluso puede ofrecer pruebas y puede posibilitar un debate probatorio; porque no cambiará los hechos; porque el acusado no se defiende de un tipo penal, sino de un hecho fáctico.

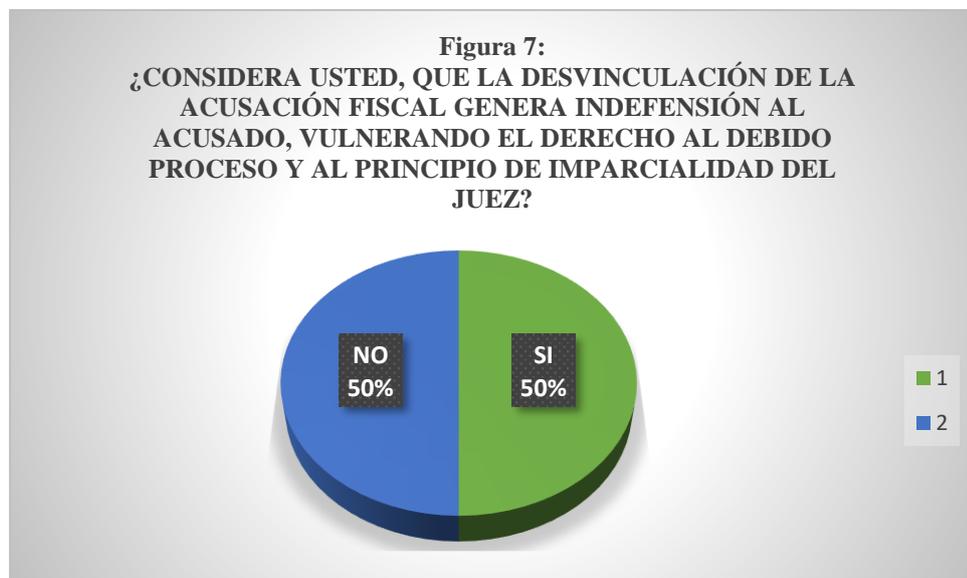
Y el treinta por ciento, de los entrevistados, indicaron que si habría vulneración al derecho a la defensa debido a que el Juez al realizar una nueva calificación jurídica con una pena más grave afecta el material probatorio que fue objeto de contradicción; porque la defensa no podrá plantear una adecuada estrategia, toda vez que sus argumentos estuvieron dirigidos a discutir un delito con una pena menos grave: porque ya no habría igualdad de armas porque el Juez estaría usurpando funciones; porque el acusado no puede ser sentenciado por un delito no previsto en la acusación.

Es durante la etapa de investigación preliminar y preparatoria, donde ambas partes, tanto el Fiscal como el investigado reunirán las pruebas de cargo y de descargo, pasada esta etapa se procederá a la acusación, en donde ya no hay posibilidad de practicar prueba, salvo se ordenada por el Juez y bajo la excepción prevista por ley, concluida esta fase, iniciará el Juzgamiento.

El Artículo 356 del NCPP, establece los principios del Juicio, indicándose que

Durante la etapa de Juicio Oral, se producirá la actuación de los elementos de convicción de cargo y de descargo, esto implica que ya no existe la posibilidad presentar nuevas pruebas, en ese sentido, al variarse el tipo penal, sobre el cual ejerció su defensa el acusado, vulnerará tal derecho, al no existir posibilidad tal posibilidad, además, ya no podrá plantear mecanismos de terminación del proceso.

- 4) **¿Considera usted, que la Desvinculación de la Acusación Fiscal genera indefensión al acusado, vulnerando el Derecho al Debido Proceso y al principio de Imparcialidad del Juez?**



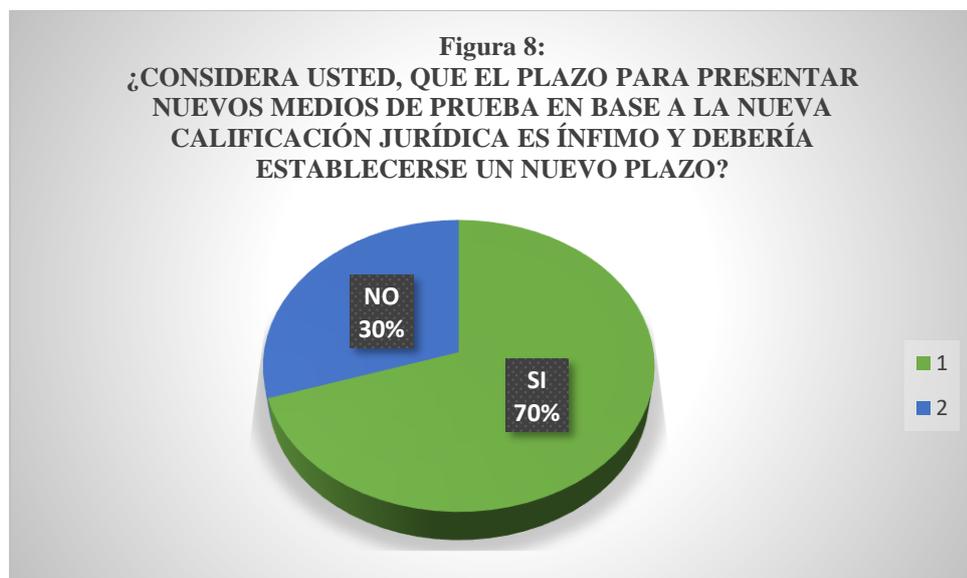
En esta cuarta pregunta, de las entrevistas obtenidas, el cincuenta por ciento indicó que con la aplicación de la desvinculación de la acusación fiscal no habría indefensión al acusado por la vulneración del derecho al debido proceso y al principio de imparcialidad, en razón a que la defensa siempre estará presente en todo el desarrollo del juicio y el Juez siempre es imparcial; porque

el debido proceso comprende a la imparcialidad, además que la desvinculación de la acusación fiscal se encuentra regulada como parte del Juicio Oral y con ello no se restringe la pluralidad de instancias.

El otro cincuenta por ciento indicó que: si habría vulneración del derecho al debido proceso y al principio de Imparcialidad, en razón a que la única autoridad competente es el Fiscal quien delimitará la actuación del Fiscal en base a los principios del debido proceso; no habría vulneración al debido proceso por cuanto la figura procesal está establecida en el Art. 374 inc. 1.

El Debido Proceso y el Principio al Juez Imparcial constituyen garantías importantes en defensa de los derechos fundamentales de toda persona inmersa dentro de un proceso, solicitando se le brinden garantías mínimas

- 5) **¿Considera usted, que el plazo para presentar nuevos medios de prueba en base a la nueva calificación jurídica es ínfimo y debería establecerse un nuevo plazo?**



Finalmente, el setenta por ciento de los entrevistados indicaron que el plazo establecido en el inc. 1 del Art. 374° del Código Procesal Penal es considerado ínfimo, en razón a que en ese plazo no se podrá hacer nada respecto a la defensa del acusado; se necesita de un mayor plazo para presentar nuevas pruebas ya que por la naturaleza del delito se puede requerir hasta pericias.

El treinta por ciento de los entrevistados, indicaron que no es necesaria la ampliación del plazo en razón a que las audiencias de juicio oral no pueden sobrepasar los ocho días; la variación del tipo penal será dentro del mismo bien jurídico, lo que implica que el debate será únicamente teórico; ampliar el plazo supondría la nulidad del juicio.

El derecho a la defensa implica un derecho constitucional, por lo tanto todo proceso deberá ejercerse en un plazo razonable en el que todas las partes podrán ejercer su derecho al contradictorio, tanto de los hechos, como de las pruebas presentadas en su contra.

7.2. Discusión Teórica.

1. Discusión Teórica de los Resultados Teóricos y de los Antecedentes de la Investigación.

Realizada la validación de la investigación, con las entrevistas realizadas a los magistrados tanto Jueces y Fiscales, no se ha cumplido con los indicadores de la investigación que son: 1) Se atenta las atribuciones y facultades del representante del Ministerio Público. 2) Se genera Indefensión del Acusado. 3) Se emitiría un fallo por un delito más grave y no previsto en la acusación.

4) Se adelantaría un fallo vulnerando el principio de presunción de inocencia, por las razones que se exponen en cada considerando.

El tema desarrollado ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia del Perú en el Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116, en donde ha planteado los supuestos sobre los cuales debería aplicarse la Desvinculación de la Acusación Fiscal, siendo los siguientes: que los tipos legales sean de la misma naturaleza y que no se varíen los hechos. Esas mismas circunstancias han sido mencionadas en la Casación N° 659-2014 en donde se menciona requisitos para la aplicación de la desvinculación, siendo los siguientes: i) la homogeneidad del bien jurídico tutelado, ii) la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, iii) la preservación del derecho de defensa, iv) la coherencia de los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal.

Del tema denominado: “Hacia la Justificación Constitucional de la Figura de la Desvinculación en el Proceso Penal”, la Desvinculación de la Acusación Fiscal fue desarrollado de una perspectiva constitucional, en donde se menciona que: “un sector de la doctrina comparada relaciona la tesis de la desvinculación con el prejuzgamiento y considera que no existe prejuzgamiento del fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa debido a que el magistrado tiene la posibilidad de someter a debate de las partes los aspectos de la calificación jurídica relacionados con el error observado. Por otro lado, otro sector de la doctrina tiene la postura que la norma no es una excepción sino una corroboración del principio acusatorio y que, en ningún caso, puede modificarlo o variarlo. En igual situación se encuentra el Perú debido a que una posición en minoría está en contra de dicha

figura mientras que, por mayoría, viene aplicándose la tesis de la desvinculación procesal penal”. (Quiroz, 2017, p. 7)

Esta posición, corrobora nuestra tesis, puesto concluye que la aplicación de la desvinculación de la acusación fiscal, no encuentra justificación constitucional, debido a que la protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado es una exigencia para los operadores de justicia, por lo tanto, una figura procesal no puede contravenir los derechos y las garantías del imputado.

El mismo autor Quiroz, citando a De la Oliva (2002), expresó respecto de la desvinculación que: "un sector de la doctrina relaciona la tesis de la desvinculación con el prejuzgamiento y considera que no existe prejuzgamiento de fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa debido a que el magistrado tiene la posibilidad de someter a debate de las partes los aspectos de la calificación jurídica relacionados con el error observado por otro lado, otro sector de la doctrina indica que la norma no es una excepción sino una corroboración del principio acusatorio, y que en ningún caso puede modificarlo o variarlo" (p. 511-530)

Esta posición sustenta nuestra hipótesis, que la desvinculación de la acusación fiscal, vulnera seriamente el derecho constitucional al debido proceso, a la presunción de inocencia y al derecho a ser juzgado por un Juez imparcial. Posición que también tiene sustento en una de las Sentencias del Tribunal Constitucional, al indica que: “al variarse el tipo penal por el que se venía siendo juzgado al actor, se impide que el actor pudiera ejercer, eficazmente, su defensa, en tanto esta se encontraba detenida a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que,

aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto de contradictorio.”
(Caso Cesar Humberto Tineo Cabrera, 2002).

De acuerdo a las respuestas brindadas por los entrevistados, como es de verse la gran mayoría indicó que no se atenta contra las atribuciones y facultades de los representantes del Ministerio Público, en ese sentido, bajo el Principio de Legalidad, el Ministerio Público cuenta con la autorización constitucional, regulado en el Art. 159° en donde se indican las atribuciones que le confieren como órgano autónomo del Ministerio Público, bajo esa misma línea el Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal indica que es el Ministerio Público el titular del ejercicio público, y tiene el deber de la carga de la prueba, es quien conduce la investigación y será quien finalmente emitirá una acusación con las formalidades de fondo y de forma que la norma establece.

Una vez más, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 1231-2002 HC/TC, ha establecido que: “el tribunal de alzada no puede pronunciarse más allá de los términos de la acusación penal, a fin de no afectar de defensa y al debido proceso. Y es que, considerados conjuntamente, tales derechos garantizan que el acusado pueda conocer de la acusación formulada en su contra en el curso del proceso penal y, de esa manera, tener la posibilidad real y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan; pero también que exista congruencia entre los términos de la acusación fiscal y el pronunciamiento definitivo del Tribunal Superior, pues de otro modo se enervaría la esencia misma del contradictorio, garantía natural del proceso judicial y, con ello, el ejercicio pleno del derecho de defensa del acusado.”
(Caso Cesar Humberto Tineo Cabrera, 2002).

La aplicación de la Desvinculación de la Acusación Fiscal para Escobar (2009) implica que la problemática se debe a que afecta el principio acusatorio, el principio de imparcialidad, de derecho de defensa y el principio de contradicción. En esa línea de argumentación, este autor también indica que: “la no vinculación de la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos no pueden vincular al Juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos sin estar vinculados por las calificaciones de las partes.” (p. 105)

En mérito a lo anteriormente indicado se tiene que las posturas respecto a la problemática de la desvinculación de la acusación fiscal generan una grave vulneración al debido proceso, sin embargo, para otros juristas esta aplicación procesal no genera indefensión.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Recurso de Nulidad N° 1310-2017-Lima, ha establecido requisitos que se deben cumplir para variar la tipificación en la sentencia, siendo el fundamento destacado:

3.3. La doctrina especializada también es clara al establecer la posibilidad de la **variación de tipificación en la sentencia** como forma de corrección de error de calificación de la acusación, siempre que se observen tres requisitos que predominantemente establece el derecho procesal penal:

- a. Identidad del hecho:** el mismo hecho objeto de acusación probado y debatido en el juicio debe ser apuesto fáctico de la tipificación efectuada en la sentencia;
- b. Homogeneidad de tipos penales:** el tipo penal por el que se acusa y el tipo penal por el que se condena lesionan el mismo bien jurídico o a otro que se halle en la misma línea de protección; y,
- c. Comunicación de la tesis de tipificación** del Tribunal Penal y posibilidad de defensa del acusado frente a esta, para ello

deberá cumplirse con la oportunidad de defensa del acusado: tiempo para su preparación y posibilidad de probar **y competencia: el Tribunal debe ser competente para conocer los casos penales por el delito objeto de la tesis de tipificación.** (resaltado nuestro)

Si bien en el cuestionario aplicado a los especialistas se han obtenido respuestas que no son favorables al tema tratado, empero, con lo establecido recientemente en el presente recurso de nulidad, se ha dejado sentado que para la variación de la tipificación del delito el Juez Penal debe ser competente para juzgar el nuevo delito con pena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público, y ello en tanto y en cuanto la competencia material y funcional de los Juzgados Penales, se da de la siguiente forma, los Juzgados Penales Colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años, los Juzgados Penales Unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados.

Dicho de otra forma, Castillo (2015), menciona un claro ejemplo claro, el Ministerio Público acusa a “X” ser autor del delito contra la Libertad Sexual, en su modalidad de Actos Contrarios al Pudor, en agravio de la menor “Y” de 13 años de edad, para quien solicita 5 años de pena privativa de la libertad, siendo competencia de dicho juzgamiento por el Juez Unipersonal, en el desarrollo del Juicio Oral, la menor “Y”, hace referencia que cuando el acusado “X” le tocó la vagina este llegó a introducir su dedo dentro de la cavidad vaginal, por lo que el Juez Unipersonal aplicando la institución procesal de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, considera que el delito

acusado “actos contrarios al pudor en menores”, no sería la figura adecuada para procesar a “X”, sino violación sexual de menor de edad, el mismo que tiene una pena de treinta a treinta y cinco años.

Por ello el Juez Unipersonal tendría dos opciones, la primera condenar por dicho delito, la segunda remitir el expediente al Juzgado Colegiado que sería el competente para determinar dicho delito de violación sexual, siendo ello así, se generaría dos inconvenientes la primera si el Juez Unipersonal sentencia, dicha sentencia deviene en nula por no ser competente, y si remite el expediente al Juzgado Colegiado, este iniciaría un nuevo Juicio Oral, donde el acusado sabiendo de lo que puede ocurrir, que es ser sentenciado por una pena mayor antes del inicio del juicio oral, puede optar por la conclusión anticipada del juicio por el delito de actos contrarios al pudor, pues el Colegiado aún no ha practicado la testimonial de la menor, y bajo el principio de inmediación no podría tomar en cuenta lo declarado por la menor en el Juzgado Unipersonal.

Además de ello debemos tener en cuenta que la Constitución Política del Perú, ha delimitado los roles y funciones tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, y considerar que el Juez bajo el principio del *Iura novit curia*, aforismo latino, que significa literalmente "el Juez conoce el derecho", quiera decir que va a desvincularse de la Acusación Fiscal, donde el representante del Ministerio Público ha realizado la investigación, ha recibido las declaraciones, ha practicado una serie de diligencias dentro de la investigación preparatoria, y por ende ha formulado su acusación bajo su Teoría del Caso, llegando a subsumir los hechos dentro del tipo penal, bajo la prueba actuada, y donde la defensa ha formulado su estrategia, consideramos

que el Juez no puede tener ese poder desvinculante en perjuicio del acusado, pues afecta no solo a su imparcialidad, sino también atenta contra principios ya señalados a lo largo del presente desarrollo.

7.3. Discusión de los Resultados de Expedientes

En el desarrollo de la investigación se ha obtenido la Casación N° 659-2014-Puno, en donde queda establecido que la aplicación de la figura procesal denominada Desvinculación de la Acusación Fiscal, vulnera el derecho a la defensa, puesto que los encausados no pueden contradecir los hechos en base a la nueva calificación jurídica.

Es por ello que en uno de los párrafos de esta casación se indica: “De modo que, se aprecia que el Juzgado Colegiado de oficio procedió a modificar la calificación jurídica de los hechos sub materia; razones por las cuales generó indefensión a los encausados al no realizarse la contradicción, por tanto dentro de las facultades conferidas al Juzgador en el artículo 150° del Código Procesal Penal, que regula la solicitud de nulidad al inobservar las garantías constitucionales a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, conexo con el derecho de defensa - previstas en los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, respectivamente-, por tanto declaró nula la sentencia de primera instancia y dispuso la realización de un nuevo juicio oral.”

También se tiene el Recurso de Nulidad N° 1310-2017-Lima, interpuesto por Lucero Cristina Espinoza Valenzuela y Manuel Humberto Chero Rossel, con la finalidad de que se declare nula la sentencia y se realice un nuevo juzgamiento oral, esto en razón a que el colegiado superior vulneró el principio de imparcialidad cuando instó al señor Fiscal a que varíe la calificación jurídica del

delito de estafa a extorsión. Indicándose, además que la desvinculación procede cuando el tipo penal a variar no debe tener una penalidad más grave.

CAPÍTULO 8 PROPUESTA NORMATIVA

Proyecto de Ley N° 001-2018



**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO
374 INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL (D. LEG. 957)**

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 374 INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (D. LEG. 957)

Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el texto del artículo 374 inc. 1 del Código Procesal Penal, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 374.- Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal:

Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, y que estos hechos conllevan a una calificación jurídica con pena inferior a la propuesta por el Fiscal, deberá advertir al mismo y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar la posibilidad de la calificación jurídica cuando, en el supuesto que el nuevo delito tenga una pena menor al delito propuesto por el Ministerio Público, con la finalidad de no vulnerar el derecho del investigado, siendo sorprendido por un delito de mayor gravedad y que el Fiscal no ha tomado en consideración.

Disposiciones finales

Primera. - Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda. - La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los 13 días del mes de abril de 2018.

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los 12 días del mes de abril de 2018.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta de ley surge como consecuencia de la problemática existente al momento de la culminación de la actividad probatoria realizada en la etapa del Juicio Oral; pues de la actuación probatoria, y en base al artículo 374 inc. 1 del Código Procesal Penal, el Juez Penal, tiene la atribución de modificar la calificación

jurídica de los hechos objeto de debate, esto incrementando el delito o disminuyendo el mismo.

En ese sentido, la presente ley busca resolver el conflicto existente, pues restringe la facultad del Juez Penal, a modificar la calificación jurídica cuando el tipo penal contiene una pena menor a la solicitada por el Ministerio Público, pues se debe tener en cuenta el extremo mínimo el tipo penal, pues dependerá de ello para determinar si el Juicio es tramitado ante al Juez Unipersonal o Colegiado, ha razón que si el caso se ventila en el Juez Unipersonal y este considera que la calificación jurídica es mayor a la peticionada por el Fiscal, deberá remitir al Colegiado, donde se realizará un nuevo Juicio, por el principio de inmediación.

El contexto, nos permite evidenciar, la necesidad de modificar dicho dispositivo legal, máxime si nuestra legislación peruana y la jurisprudencia actual emitida viene señalando dichos preceptos.

Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN

NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto modifica el artículo 374 inc., 1 del Código Procesal Penal, Texto normativo aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957 publicado el día 29 de julio de 2004.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de un requisito que deberá tomar en cuenta el Juez Penal (Unipersonal o Colegiado) antes de culminar la actividad probatoria.

CONCLUSIONES

1. Ha quedado claro, tanto de la investigación como de los pronunciamientos emitidos por partes del Tribunal Constitucional, que con la aplicación de la Desvinculación de la Acusación Fiscal se atenta contra las atribuciones y facultades del Ministerio Público, puesto que constitucionalmente se establece su autonomía, su poder direccional de la investigación, ya que es el titular de la acción y por lo tanto el que realiza la investigación, con la cual está sumamente ligado a los hechos, y será quien va a encuadrar los hechos a un determinado delito.
2. El derecho a ser juzgado en un plazo establecido por ley y razonable, es un derecho constitucional que le asiste a toda persona inmersa en cualquier proceso penal, además encuentra su sustento en los derechos que protege la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los que el Perú es parte, por tal motivo, el plazo establecido en la figura procesal denominada desvinculación de la Acusación Fiscal, vulnera tal derecho y no permite que el acusado ejerza su derecho al contradictorio.
3. La sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, esto es, no puede condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Su infracción genera la nulidad absoluta de la sentencia. Por otro lado, la variación sorpresiva de la calificación jurídica de los hechos en la sentencia puede afectar el derecho de defensa del imputado si ella estuvo fuera de las previsiones del defensor y perjudica en forma intensa a su defensa, y vulnera claramente su derecho a la defensa.

4. El Derecho Procesal Penal se encarga de instituir y organizar a los órganos públicos a través de los principios, instituciones y normas jurídicas que regulan la actividad procesal destinada a la aplicación de la Ley, teniendo como principal finalidad, garantizar el ejercicio legítimo del ius puniendi por parte del Estado, siendo dicho poder legítimo en tanto se preserven los derechos fundamentales de todas las personas inmersas en el proceso penal.
5. El objeto del proceso penal, es la pretensión punitiva, y la misma se materializa al momento que el titular de la acción penal Ministerio Público emite su acusación, siendo que dicha pretensión punitiva está conformada por los hechos, la(s) persona(s) acusada(s), la petición de la pena y la calificación jurídica, siendo las características particulares como la inmutabilidad, la indivisibilidad y la indisponibilidad, pues la imputación realizada por el Fiscal, establece los límites del debate en juicio oral, y asimismo de la sentencia.
6. Con el Código Procesal Penal 2004, aparece la separación de funciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, establece la correlación entre acusación y sentencia, la prohibición de la reforma en peor, así como un juicio oral público y contradictorio.
7. El principio de determinación alternativa ha sido objeto de críticas debido a que su aplicación no era de la manera más idónea, por tal razón, es que el Tribunal Constitucional consideró que la variación del tipo penal afectaba el derecho fundamental de defensa cuando no se le daba al acusado la posibilidad real y efectiva de contradecir la nueva tipificación de los hechos, enervándose la esencia misma del contradictorio, garantía natural del proceso judicial.

8. Al considerarse al ser humano como el fin supremo de la sociedad, ello implica que, si se encuentra en un proceso, debe ser controlado el desenvolvimiento del mismo en cada una de las etapas, permitiendo que actúen en igual de armas; esto es, muestren sus pretensiones y prueben sus alegatos ante el decisor competente del caso, que viene a ser Juez, quien actuará con total imparcialidad y objetividad, por ello se debe entender al Debido Proceso como al conjunto de principios que sirve de protector, que ante la averiguación de un hecho delictivo, éste debe estar revestido de derechos y garantías para los justiciables.
9. La independencia jurisdiccional recae en la autoridad del Juez como representante institucional de destino, su finalidad radica en el respeto de un derecho constitucional propio de los usuarios de dicha función, el derecho a recibir de la administración de justicia una decisión apoyada en la ley y la Constitución.
10. En la doctrina nacional no se ha encontrado un análisis o desarrollo teórico particular o especialmente dirigido a explicitar la esencia y los elementos que distinguen la favorabilidad, ni se ha destacado mayormente toda la dimensión que informa este principio, elevado a categoría constitucional. El radio de acción de este principio, podría colegirse que la protección constitucional se circunscribe solo a los casos en los cuales, existiendo duda respecto de la ley a aplicar en un caso concreto, debe preferirse la que resulte menos gravosa para el procesado.
11. Las atribuciones y funciones del Ministerio Público, las mismas se encuentran regulado en el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución Política del Estado, y dentro de ellas está la de decir si formula o no

acusación, donde la investigación preparatoria allana el camino para el juicio oral y de cierta forma delimita el objeto del juzgamiento con la acusación, con la finalidad de que el imputado prepare su defensa.

12. El Juez debe alejarse definitivamente de las tareas de investigación y reasumir su función exclusiva: Dirigir la etapa procesal del juzgamiento, juzgar, decidir y ser garante de la vigencia de los derechos fundamentales, tareas exclusivas y excluyentes, debiendo la acusación ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador. así mismo bajo todo lo antes mencionado no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni ha persona distinta de la acusada; y por ende no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. Por ello en la doctrina internacional se señala que el principio acusatorio rige en un determinado proceso penal cuando las fases de instrucción y de juicio oral se encomienda a dos distintos órganos jurisdiccionales, prohibiéndose al órgano decisor las funciones de parte acusadora, con la finalidad de no perder la imparcialidad de Juez.
13. Ha quedado claro que el principio acusatorio presupone, en esencia, la separación de funciones entre los órganos públicos encargados de acusar y de decidir la causa penal, por ello el sistema acogido en el nuevo CPP pretende reducir al máximo las facultades discrecionales del juzgador, limitando su actuación a una función juzgadora y garantista, de ahí que se hable con corrección de un Juez de Garantías.
14. La imparcialidad es una materia inherente al debido proceso independientemente de la materia de derecho en el que se aplique, considerando que la imparcialidad como atributo de la jurisdicción

significa amenidad del Juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separársele de la acusación; por ello la imparcialidad del juzgador se sostiene sobre la principal idea de encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares. En este sentido, debe preservarse al juez de cualquier intromisión en el momento final de su decisión, que constituye el núcleo de la institución. El Juez Penal, al apartarse de la acusación, pone en cuestión su necesaria imparcialidad, dado que fue una misma persona (el propio juez penal) la que modificó la acusación y emitió sentencia.

15. Exige el principio acusatorio, que el juzgamiento sea realizado con base en la acusación fiscal, pues no se puede poner a debate un relato fáctico ajeno al contenido de la acusación; solo se podrán actuar las pruebas de incriminación incluidas en la acusación; con la finalidad que el juzgador no puede recoger en su resolución de condena tipificaciones penales que no fueron sostenidas por el fiscal en su escrito de acusación, y ello bajo el principio de congruencia.
16. Se debe considerar a la acusación como al centro de la investigación, puesto que contendrá los hechos, la subsunción jurídica y los elementos de convicción, es sobre el cual se proseguirá hasta el juzgamiento, y si el fiscal omite pronunciarse sobre uno de ellos, el juzgador no podrá condenar al imputado por un tipo penal que no esté recogido en la acusación.
17. El derecho al plazo razonable forma parte de los derechos constitucionales implícitos del derecho al Debido Proceso reconocidos en el Art. 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú, pues se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana. De igual forma dicha institución procesal

la encontramos recogida en el artículo 1 de su Título Preliminar que “la justicia penal (...) se imparte (...) en un plazo razonable”, el cual nos quiere decir que toda persona debe ser juzgada en un determinado plazo como garantía al debido proceso. El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto.

18. La opción asumida por el NCPP está orientada hacia el respeto de los derechos fundamentales del imputado, tomando de esta manera distancia de concepciones derivadas de un modelo de derecho penal flexible respecto a determinadas garantías y libertades. Las garantías procesales están orientadas a asegurar la intervención activa de los participantes del conflicto jurídico-penal en el establecimiento de la decisión, en consecuencia, el proceso penal es un proceso de comunicación en que cada uno de los intervinientes tiene la posibilidad real de influir sobre su resultado.
19. El derecho de defensa en el sistema acusatorio consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.
20. El derecho de defensa del imputado comprende la defensa material como la defensa técnica. La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado.

La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

21. Se busca la modificación de la Ley, específicamente del artículo 374 numeral 1 del Código Procesal Penal, solo en el supuesto que el nuevo delito tenga una pena menor al delito propuesto por el Ministerio Público, con la finalidad de no vulnerar el derecho del investigado, siendo sorprendido por un delito de mayor gravedad y que el Fiscal no ha tomado en consideración.

SUGERENCIAS

1. Se sugiere leer el Acuerdo Plenario N° 659-2014, aplicado para los casos con tipicidad defectuosa, estableciéndose los requisitos o criterios para su aplicación.
2. Leer el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, en donde la Corte Suprema establece los requisitos para la desvinculación en los supuestos de nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes.
3. Leer el Recurso de Nulidad N° 1310-2017-Lima, ha establecido requisitos que se deben cumplir para variar la tipificación en la sentencia

REFERENCIAS

- Alsina, Hugo. (1956) *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. parte general*, tomo I, 2° ed., Buenos Aires (Ediar).
- Alvarado Velloso, Adolfo. (2014) *Resumen de la conferencia a pronunciar en el Congreso Nacional de Derecho Procesal. Homenaje al Dr. Roman J. Duque Corredor en el Centro Insular de Estudios de Derecho*, Porlamar, 18 de abril de 2008, recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>
- Alvarado Velloso, Adolfo. (2009). *Sistema de derecho procesal*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 237.
- Álvarez- Gayou Jurgenson, J. L. (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa Fundamentos y metodología*. México: Paidós Educador.
- Amador, Manuel. (2009) *La entrevista en la investigación*, recuperado de: <http://manuelgalan.blogspot.pe/2009/05/la-entrevista-en-investigacion.html>.
- Ambos, Kai, (2008). “*El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*”, en Bachmaier, Winter (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Barcelona (Marcial Pons), pp. 49-72.
- Asencio Mellado, José María, (1991) *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid (trivium).
- Asencio Mellado, José María, (2004) *Introducción al derecho procesal penal*, 3° ed., Valencia (Tirant lo blanch).
- Asencio Mellado, José María. (2008). *Correlación de la acusación con la defensa*, Lima (Inpeccp).

- Aragoneses Alonso, (1984). *Instituciones de derecho procesal penal*, 5° ed., Madrid (Argos).
- Arce y Rores-Valdez, Joaquín, (1990). *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid.
- Armenta Deu, Teresa. (1995) *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona (Bosch).
- Ayo Fernández, Manuel. (1997) *Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la constitución española*. Madrid, la ley-Actualidad S.A.
- Baumann, Jürgen. (1986). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires (Depalma).
- Balcázar Nava, Gonzales-Arratia López-Fuentes, Gurrola Peña & Moysen Chimal; (2013) *Investigación Cualitativa*. Universidad Autónoma de Mexico, p. 21-23.
- Baytelman A., A./ Duce J., M: (2007). *Litigación penal: juicio oral y prueba* Editorial: S.L. Fondo De Cultura Económica De España, Pp. 72-73.
- Behar Rivero, Daniel. (2008). *Metodología de la Investigación*. Editorial Shalom.
- Becerra Suarez, Orlando. (2013). *Artículos sobre Derecho Constitucional y Ciencia Política*. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/item/180109/el-derecho-aljuez-imparcial>.
- Beraun, M., & Mantari, M. (2010). *Debido Proceso - Justicia Viva*. Recuperado de <http://www.justiciaviva.org.pe/jvnn/05/art/visiontridi.doc>.

- Binder, Alberto. (1993). *Introducción al derecho proceso penal*. AD·HOC. Buenos Aires.
- Binder, Alberto. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*, 2º ed., Buenos Aires (Ad-Hoc).
- Binder, Alberto. (2000). *Ideas materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires (Ad-Hoc).
- Bovino, Alberto. (1998). *El Ministerio Público en el proceso de reforma*. En: *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Burgos Mariños, Víctor. (2005). *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal peruano*. En: *El Nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. lima, Palestra Editores, Primera Edición.
- Bustamente Alarcon, Reynaldo. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima-Perú.
- Blanco Suarez, Rafael / Decap Fernandez, Mauricio / Moreno Holman, Leonardo/ Rojas Corral, Hugo. (2005). *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago de Chile Lexis Nexis.
- Catacora Gonzales, Manuel. (1996). *Derecho procesal penal*, Lima (Rodhas).
- Carnelutti, Francesco. (2006). *Teoría general del derecho*, Lima (Ara Editores).
- Castillo Córdova, Luis. (2007). *El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español*, Anuario de derechos constitucional latinoamericano. Recuperado de:

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2105/Derecho_fundamental_juez_impacial_influencias_jurisprudencia_TEDH_TC_espanol.pdf?sequence=1.

Castillo Córdova, Luis. (2009). *La interpretación ius-fundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En: Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. SOSA SACIO, Juan Manuel (coordinador), Gaceta Jurídica, Lima.

Castillo Córdova, Luis. (2015). *En la obra colectiva la Constitución Comentada, Tomo III*, pag. 634, tercera Edición octubre. Gaceta Juridica S.A.- Lima.

Castillo, V. (2010). *Derecho Procesal Penal. Balota rio Desarrollado Para El Examen Del CNM*, p. 365.

Caso César Humberto Tineo Cabrera, (2002). EXP. N.º 1230-2002-HC/TC (Sentencia Del Tribunal Constitucional 20 de 06 de 2002), recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>

Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía De Exploraciones Algamarca S.A., EXPS. 6149-2006-PA/TC Y 6662-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 11 de diciembre de 2006). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.html>.

Clariá Olmedo, Jorge. (1982). *Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires (Depalma).

Clariá Olmedo, Jorge. (2008). *Derecho procesal*, Santa Fe, (Rubinzal-Culzoni).

- Calderón Cerezo A./ Choclán Montalvo, J. A. (2001). *Derecho Penal Tomo II*.
Barcelona (Editorial Bosch, S.A.).
- Carocca Pérez, Alex. (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*,
Editorial José María Bosch, Barcelona – España.
- Carocca Pérez, Alex. (2003). *El nuevo sistema procesal penal. 3° ed.*, Santiago de
Chile (LexisNexis).
- Cafferata Nores, José L. (1997). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*,
Buenos Aires (Del Puerto).
- Cafferata Nores, José L. (1998.). *Derecho Procesal Penal, Cansensas y Nuevas
Ideas*. Imprenta del Congreso de la Nación. Buenos Aires.
- Cedeño Hernán, Marina. (2000). *Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho
a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia nacional". En:
Cuadernos de Derecho Público (El artículo 24 de la Constitución: algunos
problemas pendientes)*. Madrid, INAP. (mayo-agosto).
- Cortés Domínguez, Valentín; (1995). *Derecho Procesal Penal*, 2a edición,
Valencia (Tirant lo Blanch).
- Cucurella Galiana, (2003). *la correlación de la sentencia con la acusación y la
defensa*, Pamplina (Aranzadi).
- Cubas Villanueva, Victor. (2009). *El nuevo proceso penal peruano*. Lima: Palestra
Edictores S.A.C.
- Cubas Villanueva, Víctor. (2015). *En la obra colectiva la Constitución Comentada*,
Tomo IV, pag. 69, tercera Edición octubre. Gaceta Jurídica S.A.- Lima.

- Cubas Villanueva, Víctor. (2016). *El nuevo proceso penal peruano, teoría y práctica de su implementación*, segunda edición. Palestras editores, Lima.
- Cuadrado Salinas, Carmen. (2010). *La investigación en el proceso penal*, p. 108. Editorial La Ley.
- Del Río Ferretti, (2016). *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno*. Recuperado de: [http://www.tesisexarxa.net/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0403108-103409//rio.pdf].
- Doupovec, Marjohn (2010). *Tipos de Muestro*. Recuperado de <http://www.metodologia02.blogspot.com/p/tipos-de-muestreo.html>
- Duce J., Mauricio /Riego R., Cristian, (2002) *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, tomo I, Santiago de Chile (Universidad Diego Portales).
- Esparza Leibar, Iñaki. (1995) *El principio del debido proceso*, Editorial José María Bosch, Barcelona-España.
- Escobar Antezano, C. (2009). *Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal- Principio de determinación alternativa: Alcances del art. 285-A del Código Procedimientos Penales*. Revista Oficial del Poder Judicial N° 05, pp.103-112.
- Fairén Guillén, (1990). *Doctrina general del ferecho procesal*, Barcelona (Bosch).
- Falcone, Roberto A. (1990). *Las garantías del Imputado frente a la persecución penal estatal*. Barcelona (Bosch).
- Fenech, Miguel. (1982). *El proceso penal*, 4° ed., Madrid (AGESA).

- Florián, Eugenio. (1934) *Elementos de Derecho Procesal Penal*. (Traducción y referencias al Derecho español por L. Pietro Castro) Bosch Casa Editorial, Barcelona, p. 387.
- Gálvez Villegas, Tomás/ Rabanal Palacios, William/ Castro Trigos, Hamilton. (2008). *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Lima, Jurista Editores, Primera Edición.
- Gálvez Villegas, Tomas Aladino. y otros. (2011). *El código procesal penal*, Lima, Jurista Editores, Primera Edición, p. 733.
- Gimeno Sendra, José Vicente. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid (Civitas).
- Gimeno Sendra, José V. (2004). *Derecho procesal penal*. Madrid (Colec).
- González, Héctor Daniel (2009). *Metodología de la investigación: propuesta, anteproyecto y proyecto*. 4a. ed., Bogotá: Ecoe Ediciones.
- González Navarro, Alicia. (2001). *Correlación entre acusación y la sentencia penal*, recuperado de: [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=793>].
- González Navarro. Antonio Luis. (2005). *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*. Tomo I, Leyer, Bogotá.
- Gómez Colomer, Juan Luis. (1999). *El proceso penal en el estado de Derecho. La constitucionalización del proceso penal español*. Palestra, Lima, p. 95.
- Gómez Colomer, Juan Luis. (2007). *Los efectos del proceso, Lección 19*, (en VV.AA., Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, 15° ed.), Valencia (Itant lo Blanch).

Guerrero Peralta, Oscar J. (2006). *El difícil encuentro penal anglosajón y el proceso penal continental*, en:

[<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librevrev/dconstla/cont/20062/pr/pr20.pdf>].

Galdana Pérez Morales, Mónica. (2002). *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Colección: Estudios de Derecho Procesal Penal*, cuarta edición. Granada, p. 11.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico: McGRAW-HILL/ Interamericana Editores S.A. De C.V.

Horvitz Lennon, María Inés. (2002). *Derecho procesal penal chileno*, tomo I. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, p. 228.

Illuminatti, Giulio. (2005). *El fallido intento de adopción de un procedimiento adversarial en Italia* (en Bachmaier Winter (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*), Barcelona (Marcial Pons).

Illuminatti, Giulio. (2008). *El Sistema Acusatorio en Italia*, (en Bachmaier Winter (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Barcelona (Marcial Pons).

Landa Arroyo, C. (julio de 2002). *Portal de Información y Opinión Legal*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

Landa Arroyo, Cesar. (2012). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Palestra Editores.

- Langer, Máximo. (2004). *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Edmundo Hendler (comp.). Editores del Puerto.
- León Velásquez Cecilia Milagros. (2014). *Nuevo código procesal penal comentado*. volumen I. editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L. Lima.
- Leone, Giovanni, (1963). *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires (Ejea).
- Lorca Navarrete, Antonio María. (1988). *Derecho procesal penal*, 2º ed., Madrid (Tecnos).
- Linares Rebaza, D. J. (2009). *Derecho, Justicia & Sociedad*. Recuperado de: <http://derechojusticiasociedad.blogspot.pe/2009/04/la-modificacion-de-la-calificacion.html>
- Luján Túpez, Manuel. (2013). *Diccionario penal y procesal penal*, Primera edición febrero; Gaceta Jurídica s.a. Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
- Moras Monn, Jorge M. (1995) *Manual de Derecho procesal penal*, 4º ed., Buenos Aires (Abeledo- Perrot).
- Moreno Catena, Víctor/ Cortés Domínguez, Valentín/ Gimeno Sendra, Vicente. (1995). *Introducción al derecho procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Montero Aroca, Juan. (1997). *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*. Valencia (Tirand lo Blanch).

Montero Aroca, Juan. (2006). *Derecho a la imparcialidad judicial- Comentario al artículo II -107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N°7/1er semestre 2006. Recuperado de: <http://www.derechoprocesal.es/articulos/91.doc>*

Montero Aroca/Ortells Ramos/ Gómez Colomer/Motón Redondo. (2007). *Las partes, derecho jurisdiccional III*, 15° ed., Valencia (Tirant lo Blanch).

Maier, Julio B.J. (1989). *Derecho procesal penal Argentino*, tomo I, 2° ed., Buenos Aires (Hammurabi), 1989.

Maier, Julio B.J. (2004a). *Derecho procesal penal*, tomo I, 2° ed., Buenos Aires (Del Puerto).

Maier, Julio B.J. (2004b). *Derecho procesal penal*, tomo II, 2° ed., Buenos Aires (Del Puerto).

Maier, Julio B.J., (2008). *La esquizofrenia del Derecho Penal. En: Antología. El proceso penal contemporáneo Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima (Palestra).

Mixán Máss, Florencio, (1993). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Trujillo (BLG).

Miranda Estrampes, (2005). *Revista peruana de ciencias penales N° 17*. Lima.

Maljar, Daniel E. (2006). *El proceso penal y las garantías constitucionales. Buenos Aires (Ah-Hoc)*.

Nataren Nandayapa, Carlos Faustino: (1999). *Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionadas en la ley. A proposito*

de la sentencia 162/1999 del 27 de septiembre del Tribunal Constitucional Español, en

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art5.pdf>

Núñez Flores, María Isabel. (2007). *Las Variables: Estructura y Función En La Hipótesis*, vol. 11 N.º 20, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

Oré Guardia, Arsenio. (1999). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2º edición. Alternativas, Lima.

Oré Guardia, Arsenio; (2016). *Derecho procesal penal peruano, análisis y comentarios al código procesal penal*, Tomo. I. Gaceta Jurídica. Lima.

Ortells Ramos, Manuel. (2016). *Introducción al derecho procesal*. 6º ed. Valencia (Tirant lo Blanch).

Pottstock Edmundo. (1966). *Los Sistemas Procesales Penales*. En Revista de Derecho Público N° 5-6, Santiago de Chile, p. 164 y ss.

Picó I Junoy, Joan. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación*, José María Bosch Editor, Barcelona.

Picó I Junoy, Joan. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. José María Bosch Editor, Barcelona.

Pedraz Penalva, Ernesto y otros. (2000). *Derecho procesal penal*. Editorial Colex, Madrid.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2006). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Editorial Rhodas, Primera Edición.

- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2015). El nuevo proceso penal peruano. Gaceta Jurídica. Lima.
- Quiroga León, Aníbal. (2003). *El Debido Proceso Legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos y Jurisprudencia*, Jurista editores, Lima-Perú.
- Rangel Dinamarco, (2009). *Jurisdicción y poder en la instrumentalidad del proceso*, Lima (Communitas).
- Rumo Azabache, César; (2014) *Nuevo Código Procesal Penal Comentado Volumen I, Principio De Imputación Mínima Y Control De La Formalización De La Investigación Preparatoria*. Instituto Legal. Lima.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Civitas (Traducción de la 2 edición por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid.
- Roxin, Claus. (2000). *La Evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivera y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Roxin, Claus. (2006). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- San Martin Castro, Cesar. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Editorial Giley. LimaPerú, p. 86. (Citando a Alex CAROCCA PEREZ, "Las Garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España"), en: revista jurídica del Perú, año XLVI, N° 2, Abril-Junio, Trujillo, 1996, p.70.

- San Martín Castro, Cesar. (2003). *Derecho procesal penal*, tomo I, 2° ed., Lima (Grijley).
- Serrano, Armando Antonio/Rodríguez, Delmer Edmundo/Campos Ventura, José David/Trejo. Miguel Alberto, (1998) *Manual de Derecho procesal penal*, El Salvador (Uca).
- Sánchez Velarde, Pablo. (1994) *Comentarios al Código Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1994, p. 102.
- Sánchez Velarde, Pablo. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Idemsa, Lima.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 2ª edición, Madrid.
- Talavera Elguera, Pablo. (2009) *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima.
- Torré, Abelardo, (2003). *Introducción al Derecho*, 14° ed., Buenos Aires (LexisNexis).
- Troya, Christian. (2002) *Técnicas e Instrumentos de investigación*.
http://www.academia.edu/5647805/T%C3%89CNICAS_E_INSTRUMENTOS_DE_INVESTIGACION.
- Velez Mariconde, Alfredo A. (1982a). *Derecho procesal penal*, tomo I, 3° ed., Córdoba (Marcos Lerner).
- Vélez Mariconde, Alfredo A. (1982b). *Derecho procesal penal*, tomo II, 3° ed., Córdoba (Marcos Lerner).

Vargas Rojas, Omar. (2009) *Los juicios paralelos y derecho al juez imparcial*. en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N° 1. Recuperado en: <file:///C:/Users/VASQUEZ%20Y%20ASOCIADOS/Downloads/12630-20574-1-SM.pdf>.

Vásquez Sotelo, José Luis. (1984). *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*. Bosch, Barcelona.

Verger Grau, Joan. (1994). *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. José María Bosch Editor, Barcelona.

Yon Ruesta, Róger. (2006). *Principio de favorabilidad*. En: *La Constitución comentada*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima.

Zelayaran Duran, Mauro. (2006) *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

ANEXOS

ENCUESTA

LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL Y SU VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO AL JUEZ IMPARCIAL

La desvinculación de la acusación fiscal implica que, si el Juez después de haber practicado las pruebas en juicio oral se percató que la acusación formulada por el Fiscal bajo el tenor de un determinado delito, no le corresponde, exhortará al mismo a reformular su acusación por el delito que el Juez cree que se habría cometido o se debería haber acusado (Ejemplo: cuando el fiscal acusa por el delito de hurto agravado y el Juez, bajo la figura en mención, sentencia por robo agravado) otorgándole un plazo para que se pronuncie; con dicho actuar el Juez vulneraría ciertos principios del proceso y principalmente derechos de la parte investigada, siendo el primero el derecho a la imparcialidad puesto que va a exhortar que modifique el tipo penal de la acusación, lo cual conllevaría a suponer que estaría adelantando un pronunciamiento de fondo y además estaría actuando como un ente acusador y juzgador.

La problemática de esta figura procesal radica en la vulneración del derecho a la defensa, además de ello implica un entrometimiento a las atribuciones del Ministerio Público, pues es éste quien es el titular de la acción penal; también afectaría a la parte investigada al ser condenada por un delito con pena mayor a la solicitada por el representante del Ministerio Público.

Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal, contemplado en el Art. 374° inc. 1 del Nuevo Código Penal. *1) Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente. (...)*

1. ¿CONSIDERA USTED QUE LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL ATENTA CONTRA LAS ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO? ¿QUÉ ATRIBUCIONES?

SI

NO

¿Porqué? _____

2. **¿CONSIDERA USTED, QUE EL JUEZ PENAL AL DESVINCULARSE DE LA ACUSACIÓN FISCAL, ADELANTARÍA SU CRITERIO, VULNERANDO CON ELLO EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?**

SI

NO

¿Porqué? _____

3. **¿CONSIDERA USTED QUE EL JUEZ PENAL AL UTILIZAR LA FIGURA DE LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL E IMPONER UNA PENA MAYOR POR UN DELITO MÁS GRAVE ATENTA CONTRA EL DERECHOS A LA DEFENSA DEL ACUSADO?**

SI

NO

¿Porqué? _____

4. **CONSIDERA USTED, QUE LA DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL GENERA INDEFENSIÓN AL ACUSADO, VULNERANDO EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ?**

SI

NO

¿Porqué? _____

5. **¿CONSIDERA USTED, QUE EL PLAZO PARA PRESENTAR NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA EN BASE A LA NUEVA CALIFICACIÓN JURÍDICA ES ÍNFIMO O DEBERÍA ESTABLECERSE UN NUEVO PLAZO?**

SI

NO

¿Porqué? _____
