



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“EL CONTROL JUDICIAL DEL REQUERIMIENTO DE ACUSACION FISCAL
COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL
PENAL”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

ITALO CRONWELL SÁNCHEZ VALERIO

ASESOR:

MG. JORGE MARCIAL ZAMORA LAZO

LILEA DE INVESTIGACION: DERECHO PROCESAL PENAL

PIMENTEL – PERU

2021

DEDICATORIA

A mis padres por haberme forjado como persona que soy en la actualidad; muchos de mis logros se los debo a ustedes entre los que se incluye este.

Me formaron con reglas y con algunas libertades, pero al final de cuentas, me motivaron constantemente para lograr mis anhelos.

AGRADECIMIENTO

Nuestro asesor, y a nuestro estimado profesor que con sus aportes, observaciones y críticas permitieron mejorar y profundizar la presente investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN	8
INTRODUCCION.....	10
ABSTRACT.....	12
CAPÍTULO I.....	14
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL PERUANO	14
1.EL NEOCONSTITUCIONALISMO	14
1.1.DEFINICIÓN.....	14
1.2.CARACTERÍSTICAS	15
1.3.ANTECEDENTES	18
1.4.MODALIDADES.....	20
2.LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO	26
3.LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL PERUANO	28
3.1.ANTIGUO SISTEMA PROCESAL PENAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES	30
3.2.NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL: CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	34
CAPÍTULO III	41
LA ACUSACIÓN FISCAL Y EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA O CONCRETA	41
1.LA ACUSACIÓN FISCAL	41
1.1.DEFINICIÓN.....	41
1.2.CONTENIDO	42
1.3.CONTROL.....	49
2.EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA	50
2.1.DEFINICIÓN.....	50
2.2.FUNDAMENTOS.....	52
2.3.REQUISITOS	53
CAPÍTULO III	62
EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL: OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE – SEDE FERREÑAFE DURANTE EL PERIODO 2016 – 2020	62
1.EL JUEZ EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO	62
2.EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	66
2.1.LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	66
2.2.EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	69
3.EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL POR EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN	73
3.1.SISTEMAS DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN	73

3.2.RAZONAMIENTO DEL FISCAL EN LA ACUSACIÓN	74
3.3.PROHIBICIÓN DE RECHAZO LIMINAR.....	75
3.4.LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN	76
4.EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL POR EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE DURANTE EL PERIODO 2016 – 2020	97
4.1.ANTECEDENTES	97
4.2.RELACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES CONSULTADOS.....	99
4.3.RELACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES SUBSANADOS Y NO SUBSANADOS	100
4.4.ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	101
CONCLUSIONES.....	104
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	106

RESUMEN

Desde el año 2009 en adelante, el Sistema Penal en el Distrito Judicial de Lambayeque, empezó a regularse por el Código Procesal Penal – Decreto Legislativo 957, siendo la aplicación de éste nuevo proceso penal una síntesis de garantías fundamentales de la persona. En ese sentido, el proceso penal debe estar equilibrado entre los derechos fundamentales de la persona y la seguridad ciudadana como deber primordial del Estado. Es por ello que, el sistema procesal penal se rige estrictamente en función al principio garantista, siendo que los jueces y demás representantes impartidores de justicia deben tener siempre presente estos principios garantistas de Derecho Penal en todo proceso y aplicarlos en cada intervención punitiva del estado.

Por lo tanto, no podemos hablar de las garantías en el sistema si no existiesen garantías en el proceso penal, y un sistema procesal penal democrático se mide de acuerdo a las garantías que brinda este. Al hablar del principio garantista dentro del proceso penal, nos hace abarcar el tema del cumplimiento del principio de imputación necesaria y el derecho de defensa en el requerimiento de acusación. Sabemos que el requerimiento acusatorio conforme lo establece el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del 2009, lo define como un acto de postración del Ministerio Público, que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución penal pública. Asimismo, el Juez de garantías, es el encargado de que esta postulación se realice respetando el principio de imputación necesaria y derecho a defensa como los demás principios garantistas durante la audiencia de control de acusación. Siendo el principio de imputación necesaria la adecuada atribución de un determinado hecho punible a la persona acusada en el proceso penal, de manera clara y precisa, sin vulnerar el derecho de defensa que tiene la persona a la que le atribuye el ilícito penal, siendo que en caso no se respete este principio nos encontraríamos en un caso de infracción al principio de la imputación necesaria, dándose algunos de estos supuestos: cuando no exista una relación clara y precisa del hecho que se atribuye al acusado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores; en caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; cuando no se detallen los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio, cuando no detalle la participación que se atribuya al imputado.

Asimismo diremos que este sistema procesal penal busca mecanismos de equilibrio en el proceso, como la imparcialidad y objetividad de la actuación fiscal, tal es así que en el artículo 24 del CPP establece “es obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso”, en esa línea el artículo 70 del mismo estatuto legal establece que “los fiscales, así como las instituciones auxiliares de apoyo a la investigación, adecuarán su actuación a un criterio objetivo , velando por la correcta aplicación de la ley penal. Los requerimientos y solicitudes deberán ser conforme a este criterio, aun a favor del imputado, y tomar en consideración las necesidades y derechos constituidos a favor de la víctima. Los agentes del Ministerio Público no podrán ocultar información, evidencias o pruebas a la defensa”.

En esta lógica de la imparcialidad será además importantes en el análisis de la evidencia que llevará al Fiscal a la convicción de que existen fundamentos para presentar acusación contra el investigado. La lógica de la imparcialidad se manifiesta con claridad en el análisis de la prueba indiciaria, con especial referencia a los denominados indicios contingentes.

Este trabajo desarrolla tres capítulos importantes: i. La constitucionalización en el proceso penal y dentro de ello desarrolla el neoconstitucionalismo; ii. La acusación fiscal y el principio de imputación necesaria; y iii. El Control Judicial de la acusación fiscal. En ello se tiene como base que el derecho procesal penal revela la situación política y económica de un estado, las circunstancias específicas y las concreciones reinantes del orden y de libertad, por ello decimos que el derecho procesal es derecho constitucional aplicado.

Debemos entender que el deber primordial del estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y en el otro extremo consideramos que es proteger a la población de las amenazas contra la seguridad.

INTRODUCCION

El panorama del proceso penal en el Perú hasta el año 2006, estuvo marcado por el Código de Procedimientos Penales, pues en el año 2006 se implanto el Código Procesal Penal, iniciándose en el Distrito Judicial de Huaura, y posteriormente en los Distritos Judiciales de La Libertad, Tacna y Moquegua; y a partir del 1 de abril de 2009 en el Distrito Judicial del Lambayeque.

El Código Procesal Penal (2004) implicó la reforma del sistema de administración de justicia en materia penal, remplazando el modelo mixto (inquisitivo), por el modelo acusatorio con tendencia adversarial.

La característica más significativa del sistema procesal penal es el corte “**garantista**”, manifestación de la constitucionalización del proceso penal que impone la exigencia de observancia de las garantías procesales a favor del imputado y demás sujetos procesales durante el desarrollo del proceso penal, previstas en la normatividad nacional y supranacional.

El derecho de defensa emerge como una de las garantías procesales fundamentales dentro de todo proceso, en particular dentro del proceso penal, en cuyo ámbito se pone en juego el derecho a la libertad personal; manifestándose de diversas formas, siendo una de aquellas la exigencia de una suficiente acusación fiscal, pues el procesado debe tener la posibilidad real de conocer –y con ello de cuestionar- las razones por las cuales el representante del Ministerio Público promovió la acción penal a través del requerimiento de acusación.

El principio de imputación necesaria o concreta, según Celis (2008), como “(...) el deber de carga del Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal”. (p. 137)

No obstante, la importancia de observar la imputación necesaria o concreta, en la realidad no siempre se cumple aquella exigencia por el Ministerio Público, por lo que se estableció mecanismos de control como es **la Audiencia de Control de Acusación**.

El hecho que en nuestra legislación se haya previsto la Audiencia de Control

de Acusación, y designado al Juez de la Investigación Preparatoria – Juez de Garantías - como el responsable para la fiscalización del respeto del principio de imputación necesaria o concreta, no garantiza que la actuación y criterios aplicados al respecto sean correctos, por lo que se proyecta realizar la presente investigación cuyo problema objeto de estudio es la verificación de la aplicación de criterios válidos por el Juez de la Investigación Preparatoria al resolver en la Audiencia de Control de Acusación los cuestionamientos al Requerimiento de Acusación del representante del Ministerio Público por inobservancia del principio de imputación necesaria o concreta, limitándola temporalmente al periodo comprendido entre los años 2016 y 2020.

ABSTRACT

The panorama of criminal proceedings in Peru until 2006 was marked by the Code of Criminal Procedure, since in 2006 the Code of Criminal Procedure was introduced, starting in the Judicial District of Huaura, and later in the Judicial Districts of La Libertad, Tacna and Moquegua; and as of April 1, 2009 in the Judicial District of Lambayeque.

The Code of Criminal Procedure (2004) involved the reform of the system of administration of justice in criminal matters, replacing the mixed (inquisitive) model with the accusatory model with an adversarial tendency.

The most significant feature of the criminal procedure system is the "guarantee" court, a manifestation of the constitutionalization of the criminal process that imposes the requirement of observance of procedural guarantees in favor of the accused and other procedural subjects during the course of the criminal process, provided for in national and supranational regulations.

The right to a defence emerges as one of the fundamental procedural guarantees within any process, in particular within criminal proceedings, in which the right to personal liberty is at stake; manifesting itself in various ways, one of those being the requirement of a sufficient fiscal accusation, since the defendant must have the real possibility of knowing – and thus of questioning – the reasons why the representative of the Public Prosecutor's Office promoted the criminal action through the request for accusation.

The principle of necessary or concrete imputation, according to Celis (2008), as "(...) the duty of the Public Prosecutor's Office to charge a natural person with a punishable act, affirming factual propositions linked to the performance of all elements of the criminal type". (p. 137)

However, the importance of observing the necessary or specific accusation, in reality that requirement is not always met by the Public Prosecutor's Office, so control mechanisms such as the Hearing of Control of Accusation were established.

The fact that in our legislation the Hearing of Control of Accusation has been provided, and designated the Judge of the Preparatory Investigation – Judge of Guarantees – as the one responsible for the control of the respect of the principle of necessary or concrete imputation, it does not guarantee that the action and criteria applied in this regard are correct, so it is planned to carry out the present investigation whose problem object of study is the verification of the application of valid criteria by the Judge of the Preparatory Investigation

when resolving in the Hearing of Control of Accusation the questions to the Request of Accusation of the representative of the Public Prosecutor's Office for non-observance of the principle of necessary or concrete imputation, limiting it temporarily to the period between the years 2016 and 2019.

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL PERUANO

1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. DEFINICIÓN

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo constituye una de las corrientes de pensamiento con mayor influencia no sólo en el ámbito constitucional sino también en todo ámbito jurídico (legislativo, jurisprudencial y dogmático). Empero, pese a la incuestionable influencia ejercida, la teoría neoconstitucionalista no presenta una definición concreta y claramente determinada, pues advierte un conjunto de manifestaciones producto de diversas perspectivas (teórica, metodológica e ideológica) que precisamente enriquecen y hacen más atractiva la propuesta teórica.

GARCÍA AMADO refiere: “(...) estamos ante una teoría, donde no ha plasmado completamente en una obra central y de referencia, es por ello que sus formas tienen que ser desarrollados de allá y de aquí, más edificados como descripciones de una disposición que es actualmente arbitraria y que está plasmado en la teoría constitucional y iusfilosófica de esta época, además, en la jurisprudencia de múltiples tribunales constitucionales. Está muy presente la denominada impregnación neoconstitucionalista en muchos sentencias y escritos teóricos, sin embargo, a causa de esta falta de discusión clara, y de empeño fundamentador y de rigor analítico en sus propios cultivadores sea una de las bazas que alimentan el éxito del neoconstitucionalismo”.¹

ALDRETE VARGAS sostiene: “(...) un nuevo modelo jurídico, donde las constituciones modernas se identifican por contemplar dos funciones primordiales: inicialmente, el conocimiento de poder constituyente va decayendo su sentido revolucionario, por lo que va asociando rápidamente más a las nociones de legalidad constitucional; es decir, que vemos más la posibilidad de llegar a una legalidad suprema a la ordinaria y que, efectivamente, es capaz de restringir al legislador; en segundo lugar, la

¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Disponible en <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>. (Consulta: 23 de octubre de 2014)

Constitución surge de un marco normativo presidido por el principio del pluralismo, la cual se constituyen las reglas del juego democrático, en consecuencia no imposibilita que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios primordiales que rigen la convivencia en la comunidad”.²

MEDICI afirma que “(...) es la consecuencia de reivindicación normativa del derecho constitucional, como derecho de la ley, frente a la experiencia del siglo XX donde se ha expresado su lado oscuro, guerras, genocidios, destrucción masiva de la red de vida, control de la conciencia, etc., pero en al mismo tiempo encontró un hilo de esperanza en el reconocimiento de los derechos humanos y las garantías fundamentales a nivel internacional, regional y nacional. En este sentido, el (neo) constitucionalismo exhorta vivamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre los ordenamientos jurídicos positivos nacionales y los derechos humanos internacionales, además afirma que la constitución es el almacén cultural en movimiento no sólo de principios, sino también de reglas jurídicas e inclusive de valores constitucionalizados que median entre el derecho y la moralidad al momento de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico. Pues es ahí donde se exija el depurado constitucional de todas las medidas gubernamentales, administrativas, legislativas y judiciales, con el objetivo de lograr la eficiencia de los derechos fundamentales como la libertad y la dignidad de las personas”.³

1.2. CARACTERÍSTICAS

POZZOLO describe al neoconstitucionalismo: “En primer lugar, propone un concepto concreto de la Constitución denominada “modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma”. En segundo lugar, defiende la tesis según el marco del Derecho basado en principios, es decir siempre debe ser interpretado. Tercer lugar, debe ser interpretado con una metodología llamada “ponderación” o “equilibrio”, la cual se amplía a la interpretación del Derecho en su todo; y, en cuarto lugar, se solicita la labor

² ALDRETE VARGAS, Adolfo. La División de Poderes y el Neoconstitucionalismo. Disponible en www.comaid.org.mx/adolfo1.doc. (Consulta: 16 de Enero de 2015)

³ MEDICI, Alejandro; Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo. En: www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias (Consulta: 15 de mayo del 2015)

creativo, integrativa de la jurisprudencia y que la doctrina también de ver con favor”.^[4] En consecuencia, POZZOLO^[5] señala que el neoconstitucionalismo se caracteriza por los rasgos siguientes: 1º) Principios versus normas; 2º) Ponderación versus subsunción; 3º) Constitución versus independencia del legislador; y, 4º) Jueces versus libertad del legislador.

ORDOÑEZ ^[6] manifiesta la consecución de los aspectos siguientes: 1º) La superación del Estado; 2º) La separación de los conceptos de Estado y constitución; 3º) La posibilidad de un imperio del derecho en el ámbito internacional; 4º) La sumisión del poder al derecho; 5º) Un gobierno débil y un derecho fuerte que garantice libertades desarrolladas e incluso plantean una creciente disolución del Estado.

GARCÍA AMADO ⁴ equipara diez características del pensamiento neoconstitucionalista:

- 1) Dato histórico: presencia tanto de elementos para garantizar constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales, además de cláusulas de carácter valorativo cuya forma y organización es diferente al de las “reglas”. Ya que se trataría de un elemento material-axiológico de las constituciones.
- 2) La importante representación de ese tipo de normativa, que conforman la constitución material o axiológica, involucra que estas constituciones reflejan un fragmento central y fundamental para un determinado orden de valores, de carácter objetivo.
- 3) La Constitución muestra un orden social inevitable, con un valor preestablecido de elaboración en este tipo de modelo constitucionalmente prefigurado y de los proporcionados derechos fundamentales.
- 4) En este orden de valores se entiende que posee una fuerza resolutive que genera una respuesta aproximada y también cierta para cualquier caso implicados en los valores constitucionales, derechos y principios. En este sentido tal afirmación será la única correcta o parte de las

⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Ob. Cit.

posibles respuestas correctas, esta corrección será directamente material, sin mediaciones semánticas ni formales.

- 5) Las afirmaciones constitucionalmente ya sean posibles y correctas conlleva a que haya un órgano que se dedique a velar su efectividad en la realización de cada caso, en este caso hablamos de la labor que realizan los jueces y a los tribunales constitucionales, ya sea que las declaren inconstitucionales normas legisladas, o excepcionando, en nombre de la Constitución, de sus derechos y también de sus valores.
- 6) En el I orden axiológico de la Constitución quedan establecidas las medidas para solucionar todos los casos constitucionales, por lo que el juez que concluye con los casos no ejerce discrecionalidad ninguna (DWORKIN) o si la ejerce para algunos casos precisos en los que, las circunstancias de algunos casos y de las normas aplicables, haya una igualdad de los principios constitucionales y de igual forma de los derechos fundamentales (ALEXY).
- 7) Tenemos que las afirmaciones en los casos constitucionales están predeterminadas en la parte axiológica de la Constitución, el operador judicial posee la capacidad y el procedimiento apropiado para atraer medidas objetivas dadas por la Constitución solo para estos casos constitucionales, se hablaría del método de ponderación.
- 8) Esta combinación de constitución axiológica, la negación de la discrecionalidad y el método ponderativo conllevan a que las cortes constitucionales se conviertan en supra instancias judiciales de revisión, pero, pasado el tiempo, les proporcionan la excusa teórica para negar ese desbordamiento de sus funciones, en la cual puedan justificar su intromisión revisora aludiendo a su cometido de corroborar que en el caso los jueces “inferiores” han respetado el contenido que constitucionalmente corresponde a cada derecho.
- 9) Las razones citadas en los numerandos anteriores, son metafísicos, fundamentándose en una doctrina ética de corte cognitivista y objetivista, por lo que las decisiones de los tribunales en general y sobre todo de los tribunales constitucionales, precisa que hay un fuerte

argumentación de sus reglas básicas, Pues esta argumentación adquiere tintes pretendidamente demostrativos, ya que no se trata de justificar ciertas opciones discrecionales, sino por lo contrario de demostrar y plasmar en la decisión que la constitución axiológica prescribe para el caso concreto. Es decir, la argumentación constitucional se tiñe de metafísica y adquiere visos fuertemente esotéricos.

- 10) Por lo tanto, ostenta tres mecanismos filosóficos definidos. a) Ontológico, el objetivismo afirma que por debajo de los enunciados constitucionales, con sus márgenes de indeterminación, con su vaguedad, sus ambigüedades, su sintáctica, su semántica y pragmática, sigue existiendo una secuencia constitucional de un sistema moral constitucional, de valores bien precisos y dirimentes. b) Epistemológico, el cognitivismo afirma que las salidas tienen que ser precisas y necesarias y que en el orden axiológico constitucional pueden ser consecuentemente aplicadas y conocidas por los jueces. c) Político y social, el elitismo se entiende que sólo los jueces, y en especial los tribunales constitucionales, están capacitados para atraer el procedimiento axiológico constitucional.

1.3. ANTECEDENTES

La corriente neoconstitucionalista encuentra surge de la reflexión de los hechos (o mejor dicho atrocidades) producidos dentro de la Segunda Guerra Mundial. SANTIAGO al respecto señala: “El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia⁴ y, más tardíamente a partir de 1978, España. Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales

respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo”.⁵

En efecto, el neoconstitucionalismo es el resultado de la pretensión normativa del derecho constitucional frente a la experiencia del siglo XX que demostró el lado oscuro del ser humano (genocidios, guerras, etc.), pero que al mismo tiempo generó una reacción fuerte de reconocimiento constitucional expreso de la tutela de los derechos humanos y garantías fundamentales en la esfera internacional, regional y nacional. BAZAN al respecto sostiene: “(...) se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, cuya peculiaridad viene representada por las características o funciones de algunas Constituciones que aparecen en la segunda postguerra mundial y que se contraponen a las Constituciones del constitucionalismo antiguo o decimonónico”.⁶

El resultado del proceso reflexivo surgido tras la Segunda Guerra Mundial es la necesaria y estrecha vinculación entre derecho y moral. Los precursores de aquella reflexión son HELLER y RADBRUCH. HELLER postula que la Constitución comprende principios jurídicos que permiten un nexo o enlace entre la normatividad moral histórica de una comunidad y la normatividad jurídica, destacando que el enfoque positivo de la Constitución, es decir, la Constitución como texto jurídico se halla incapacitada para “(...) establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas”.⁷ RADBRUCH, por su parte, abandona el enfoque relativista y positivista, reemplazándolo por una visión del derecho como ciencia de la cultura y valorativamente plena, propugnando que “(...) el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural”.⁸

⁵ SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Disponible en <http://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. (Consulta: 13 de Enero de 2012)

⁶ BAZAN, Víctor. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/viewFile/707/669>. (Consulta: 13 de Enero de 2012)

⁷ HELLER señala que el reconocimiento de principios jurídicos dentro de la Constitución no surge de alguna variante de iusnaturalismo, sino del carácter de ciencia de la cultura de la teoría del estado y de la teoría constitucional, que se visualiza mejor en “(...) la necesidad en que se halla la normatividad jurídica de ser complementada por una normatividad social a la que se le da valor de una manera positiva. HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1961, p. 275-276.

⁸ RADBRUCH, Gustav. Filosofía del derecho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid – España. 1959, p. 39.

NÚÑEZ LEIVA encuentra en el movimiento del derecho libre el antecedente más cercano del neoconstitucionalismo, señalando: "(...) indagando en la historia reciente del pensamiento jurídico hemos detectado la existencia de un movimiento que presenta notorias similitudes con el Neoconstitucionalismo, particularmente con su Teoría del Derecho, aunque también con sus otras variantes: se trata del Movimiento del Derecho Libre (que en adelante llamaremos también -simplemente- "El Movimiento"). Dichas semejanzas no son aisladas. Sin mucha dificultad sería posible encontrar similitudes entre las ideas neoconstitucionalistas y otras líneas de pensamiento. Lo interesante de este nexo Neoconstitucionalismo-Movimiento del Derecho Libre radica en que las coincidencias no se producen en puntos aislados o inconexos sino que alcanzan a los principales elementos con que cada uno construye su imagen del fenómeno jurídico. Lo anterior nos hace pensar que el Neoconstitucionalismo se ubica dentro de una tradición jurídica de reacciones antiformalistas (y contracodificadoras) cuya principal novedad es que construye su estrategia argumentativa a partir de un hecho que no necesariamente causó, pero que luego sí alimentó: la existencia de constituciones plenamente normativas. En tal sentido este neoconstitucionalismo sería novedoso como filosofía política, pero no tanto como teoría del derecho, metodología del mismo o ciencia jurídica".⁹

1.4. MODALIDADES

El neoconstitucionalismo es una corriente teórica que no presenta una única manifestación, sino diversas modalidades, divergiendo la doctrina en cuanto a las formas o expresiones.

COMANDUCCI, utilizando la tipología de positivismo jurídico efectuada por BOBBIO ¹⁰ , identifica las siguientes manifestaciones del

⁹ NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre como antecedente de las teorías (neo) constitucionalistas del derecho. Disponible en http://www.actualidadjuridica.com.ar/doctrina_viewview.php?start=5. (Consulta: 16 de Enero de 2012)

¹⁰ BOBBIO al respecto señala "Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia. Por "modo de acercarse al estudio del derecho", entiendo algo diferente de "método"; no se trata, en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por "teoría" entiendo un conjunto de aseveraciones

neoconstitucionalismo: **teórico, ideológico y metodológico.** ¹¹

COMANDUCCI al respecto señala: “El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”.¹²

1.4.1. NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

El neoconstitucionalismo teórico pretende elaborar una teoría del derecho que consolide los resultados del proceso histórico constitucional que generaron la superación del modelo de Estado de Derecho y la aparición del Estado Constitucional de Derecho.¹³

NÚÑEZ LEIVA sostiene: “El neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho describe el fenómeno jurídico en términos incompatibles con las siguientes tesis del positivismo teórico: (1) que la ley es la principal fuente del Derecho, (2) que aquel es coherente, (3) que se integra especialmente por reglas, (4) que la subsunción es su método correcto de aplicación y (5) que en aquellos segmentos donde no hay regla explícita opera la discrecionalidad. En respuesta a aquellos ejes del positivismo, el neoconstitucionalismo propone: (1) reportar el Derecho en clave meta y supra legal, dando lugar al súper Derecho contenido en la

vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por "ideología" entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa. BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 5ª ed., México: Fontamara. 1997, p. 39 – 40.

¹¹ COMANDUCCI al respecto señala “(...) me parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo -teórico, ideológico, metodológico- incluso porque, de ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo. COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y teoría del derecho. Disponible en http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho/at_download/file. (Consulta: 13 de enero de 2015)

¹² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En. "Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. AA.VV. Editor: Miguel Carbonell. Madrid: Trotta. 2007, p. 97.

¹³ SANTIAGO al respecto señala “Del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces”. SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Disponible en <http://ancmip.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. (Consulta: 13 de Enero de 2015)

Constitución, (2) afirma que el Derecho no es coherente y que la eficacia de las normas jurídicas puede ser suprimida en casos concretos sin necesidad de invalidarlas, es decir son derrotables (3) destaca el lugar protagónico de los principios jurídicos, (4) estipula el empleo de la ponderación para aplicar este Derecho rebosante de principios y (5) afirma que en aquellos espacios carentes de regulación subconstitucional cabe la aplicación directa de la Carta Fundamental, resultando disipadas las lagunas por la aplicación no de discrecionalidad, sino del Derecho contenido en la Constitución”.¹⁴

El neoconstitucionalismo teórico recoge una serie de rasgos o elementos que deben estar presentes dentro del modelo de Estado Constitucional, identificando los siguientes: 1º) la existencia de una Constitución normativamente garantizada; 2º) la adopción de un modelo axiológico de la Constitución; 3º) la invasiva proyección de la Constitución o fenómeno de “constitucionalización del derecho”; 4º) la positivización de los derechos fundamentales; 5º) la formación de la Constitución por principios y reglas; y, 6º) la nueva teoría de la interpretación jurídica.

1.4.2. NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO

El neoconstitucionalismo ideológico propugna un nuevo enfoque del pensamiento constitucionalista, relegando la limitación del poder estatal por la defensa irrestricta de los derechos fundamentales. COMANDUCCI al respecto señala: “Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”.¹⁵ Agrega: “El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora

¹⁴ NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre como antecedente de las teorías (neo) constitucionalistas del derecho. Ob. Cit.

¹⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Ob. Cit, p. 99-100.

positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes”– pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución –podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”–”.¹⁶

GARCÍA AMADO, utilizando un lenguaje cuasi mitológico, sostiene: “El neoconstitucionalismo es una teoría que, por usar la afortunada expresión de Dworkin, “se toma los derechos en serio”, confía en las posibilidades de nuestros derechos fundamentales. Todas esas normas forman parte del ordenamiento gracias al esfuerzo de muchos seres humanos que han luchado para que esas “criaturas de la moralidad” habiten nuestro ordenamiento. Estas criaturas constitucionales (en particular las criaturas jusfundamentales) son (espero que se me permita decirlo así) las criaturas más bellas de nuestro ordenamiento”.¹⁷

PRIETO SANCHÍS postula un contenido diferente del neoconstitucionalismo ideológico, señalando: “(...) el (neo) constitucionalismo, como ideología, presenta diferentes niveles o proyecciones. El primero y aquí menos problemático es el que puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política. (...) Una segunda dimensión del constitucionalismo como ideología es aquélla que pretende ofrecer consecuencias metodológicas o conceptuales y que puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho. (...) Por último, la tercera versión del constitucionalismo ideológico, que suele ir unida a la anterior y que tal vez podría

¹⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Ob. Cit, p. 100.

¹⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Ob. Cit, p. 25.

denominarse constitucionalismo dogmático, representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho”.¹⁸

1.4.3. NEOCONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO

El neoconstitucionalismo metodológico surge como expresión paralela y contraria al denominado “positivismo metodológico”¹⁹, postulando la existencia de una conexión entre derecho y moral, a través de la regulación expresa de los derechos fundamentales.

COMANDUCCI al respecto señala: “El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario -al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral”.²⁰ SANTIAGO sostiene: “(...) el neoconstitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo el fenómeno que hemos descrito y lo promueve activamente, especialmente alentando un modelo de Poder Judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica. La nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva postura institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados

¹⁸ PRIETO SANCHIS, Luís. Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Ob. Cit, p. 110-111.

¹⁹ El positivismo jurídico como método propugna que el derecho es un conjunto de hechos sociales, por lo que, según BOBBIO, “(...) el jurista deberá estudiar dichos datos de la misma manera en la que el científico estudia la realidad natural, o sea, absteniéndose de formular juicios de valor. BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Editorial Debate. Madrid – España. 1993, p. 141. La consecuencia lógica del approach avalorativo sería, según BOBBIO, la “teoría del formalismo jurídico”, que postula que “(...) la validez del Derecho está basada en criterios que conciernen únicamente a su estructura formal, prescindiendo de su contenido. BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Editorial Debate. Madrid – España. 1993, p. 141

²⁰ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Ob. Cit, p. 101.

y/o reconocidos en los documentos internacionales”.²¹ NÚÑEZ LEIVA expresa: “(...) el neoconstitucionalismo como concepto de Derecho, es también de cierta forma- opuesto al positivismo metodológico, especialmente a su conocida tesis de la separación entre Derecho y Moral, de la cual se desprenden (1) la idea de las fuentes sociales del Derecho (el Derecho es el resultado de prácticas sociales), (2) la posibilidad de describir el derecho avalorativamente y (3) la consecuente inexistencia de una obligación moral de obedecer el Derecho”.²²

GARCÍA AMADO sostiene: “Mi argumento central será que el constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral (a través de la incorporación de elementos morales al Derecho en lo que podría denominarse un caso de *deixis* ética) y el constructivismo ético ha aproximado la moral al Derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento. Esta dimensión colectiva y procedimental que asume el universo moral (que deja de ser, nos dice Hare, un Reino de los fines para convertirse en una democracia con igualdad ante la ley) lo aproxima al Derecho. En definitiva, constitucionalismo y constructivismo han convertido en gradual el fuerte dualismo Derecho/moral implícito en el acervo común de positivistas y no positivistas”.²³

La conexión entre derecho y moral se produce a través de la regulación expresa de los derechos fundamentales. PRIETO SANCHÍS al respecto señala: “(...) las normas sustantivas de la Constitución y singularmente los derechos fundamentales no son sino normas morales; o, dicho de otra forma, dado que al parecer la ética o la moral pública de la modernidad han dejado de ser una esfera diferenciada del

²¹ SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Disponible en <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. (Consulta: 13 de Enero de 2012)

²² NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre como antecedente de las teorías (neo) constitucionalistas del derecho. Ob. Cit.

²³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Ob. Cit, p. 20.

Derecho para integrarse resueltamente en el mismo”.²⁴ SANTIAGO sostiene: “Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden, también, su influjo a las relaciones privadas”.²⁵

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

El neoconstitucionalismo postula que la Constitución presenta un amplio espectro de actuación, de tal manera que ningún área normativa le es ajena; es el denominado fenómeno de la “constitucionalización del derecho”. POZZOLO al respecto señala: “Con esta formulación (Constitución versus independencia del legislador) me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional. Si la subordinación de la ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la “materialización” o “sustancialización” de la constitución. Con el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales. Esto, no ya en el sentido kelseniano según el cual la constitución constituya una suerte de “marco” en el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas. Sin embargo, el “contenido sustancial condicionante” cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales”.²⁶

La constitucionalización, según COMANDUCCI, “Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la

²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luís. Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico. Disponible en http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-067-Luis_Prieto_Sanchis.pdf. (Consulta: 13 de Enero de 2012)

²⁵SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Ob. Cit.

²⁶POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Ob. Cit.

Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado”.²⁷

ORDOÑEZ sostiene: “Eso quiere decir (la constitucionalización) que la constitución se juridiza, se convierte en una norma jurídica, completa y eficaz, hasta los preámbulos son normas jurídicas operativas es la aplicación directa de la constitución, así como la concentración del derecho en ella, la constitución deja de ser un programa político dirigido al congreso por tanto este no lo desarrolla, dicha labor la realizara el juez en sus decisiones”.²⁸

La constitución es la fuerza de imperatividad normativa, el conjunto de normas supremas de conducta dirigidas a los órganos de poder del estado (competencias) y a las personas (derechos y obligaciones).²⁹ El neoconstitucionalismo destaca el principio de supremacía constitucional, según el cual es la norma rectora, es la norma de normas. SANTIAGO al respecto señala: “La Constitución, su contenido, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la Teoría General del Derecho del Neoconstitucionalismo”.³⁰

OJEDA VELÁZQUEZ expresa: “Los neoconstitucionalistas afirman que todo el Derecho se ha constitucionalizado. Creemos que tal posición es válida para aquellos países en que existe un control difuso de sus Constituciones. No lo es en cambio para aquellos en que existe un control concentrado, como el nuestro, en el que el juez ordinario no puede declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, sino que existen jueces de distrito y una Suprema Corte de Justicia para realizar tal control, sólo a través de procedimientos constitucionales. La constitucionalización del entero sistema jurídico además de lento es silencioso y a veces difícil, pues cada juzgador respeta su propia esfera competencial y se necesita una mayoría calificada

²⁷COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Ob. Cit, p. 95.

²⁸ORDOÑEZ, Alejandro. La ideología neoconstitucionalista y las transformaciones del derecho. Disponible en <http://www.fundacioneliasdetejada.org/consejofelipeii/Documentacion/Politicos/Transformaciones/V-463-464-P-247-254.pdf>. (consulta: 14 de enero de 2012)

²⁹QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel; y, CENICACELAYA, María. Derecho constitucional argentino. Tomo 1. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires – Argentina, p. 65.

³⁰ SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Disponible en <http://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. (Consulta: 13 de Enero de 2012)

de Ministros para así declararlo”.³¹

PRIETO SÁNCHEZ, refiriéndose a la omnipresencia de la constitución, señala: “(...) esta última (la Constitución) ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad—formal, pero también sustancial— seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”.³²

GUASTINI³³ identifica una serie de condiciones a efectos de generar el fenómeno de la constitucionalización: 1º) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2º) La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3º) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”); 4º) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5º) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6º) La interpretación adecuada de las leyes; y, 7º) La influencia de la Constitución sobre el debate político.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL PERUANO

El Derecho Penal es un medio de control social que se encuentra destinado a evitar (“prohibir”) la realización de los comportamientos considerados más reprochables (“disvaliosos”) de la interacción social, por vulnerar o poner en peligro los bienes jurídicos que hacen posible la convivencia social pacífica (bienestar social).

El funcionamiento del control penal presenta dos momentos: uno preventivo y

³¹ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. El (neo) constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico. Disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Jorge%20Ojeda%20Vel%C3%A1zquez.pdf>. (Consulta: 13 de Enero de 2015)

³² PRIETO SÁNCHEZ, Luís. Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Ob. Cit, p. 121.

³³ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. México D.F: Fontamara. 2001, p. 125.

otro sancionador o aplicativo. En el primero, a través de la Ley Penal Sustantiva, se prohíbe a la generalidad de miembros de la sociedad, la realización de las conductas disvaliosas (llamadas “delitos”) sobre la base de una doble motivación: preventivo integradora (prevención general positiva) y coercitiva-intimidatorio (prevención general negativa. En el segundo, a través de la Ley Penal Procesal, se impone la sanción penal a los sujetos que han cometido delito y hayan estado en capacidad y condiciones de acceder normalmente al contenido del mensaje normativo (culpables).

La necesidad de un control penal a través de la Ley Penal Procesal plantea el desafío de estructurar un sistema normativo, de un **Derecho Procesal Penal**.

Ahora, un sistema procesal no puede dejar de ser visto como un subsistema integrante de un todo; lo mismo que cada conjunto de normas que pretenda constituirse como una especialidad dentro del derecho. En este agrupamiento de subsistemas el elemento subordinador está dotado de un fuero de atracción que condiciona el contenido de sus componentes. De tal manera, cada uno de ellos, como en el caso de las normas jurídicas, contará de cierta autonomía, pero sometido siempre al poder del elemento superior subordinante. ARIAS OROZCO, GUTIÉRREZ y OSORIO RAMÍREZ al respecto señalan “Ya que las instituciones jurídicas tienen entre sus varias particularidades un hilo conductor común que las subordina y que a la vez las dota de validez, los subsistemas tendrán expectativas de validez y vigencia en cuanto no contraríen y desarrollen el espíritu del Gran Todo”.³⁴

El elemento superior subordinante es la **Constitución Política del Estado**, la cual determina la validez material y formal de las leyes de orden inferior y que presenta la trascendencia del efecto de la evolución en el sistema de fuentes, y muestra el efecto y función de la Constitución en el esquema jurídico de una nación. Dicho de otro modo, la Constitución es condición de validez material y formal del orden jurídico y, por ello, cualquier verificación y examen de un cuerpo normativo - como el proceso penal- debe partir del marco conceptual que la Constitución Política le determina.

³⁴ ARIAS OROZCO, Norma Lucía; GUTIÉRREZ, José Oscar; OSORIO RAMÍREZ, Jorge Eliécer. La Prueba Ilícita en el Sistema Acusatorio Colombiano. Tesis para optar el Título de Abogado. Manizales – Colombia. 2007, p. 12.

SAN MARTÍN CASTRO, al respecto señala “(...) en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (art. 138°, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados -de un lado- por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (art. 159°, incs. 4 y 5 Const.) y -de otro- por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (arts. 2°.24 y 139°.14 Const.) (59). Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones rígidas (que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria) y normativas (que se integran al ordenamiento como normas supremas)”.³⁵

La precisión efectuada es de suma importancia para delimitar el contenido conceptual del proceso penal, ya sea aislándolo de cualquier obligación de adecuación al texto constitucional, o más bien velando por un respeto irrestricto de los principios, garantías o derechos consagrados en la Carta Magna; posición esta última adoptada por la actual legislación procesal penal: el Nuevo Código Procesal Penal.

A continuación, procederemos a identificar el contenido del antiguo sistema procesal penal peruano, así como el vigente, a efectos de establecer, tras el conocimiento de sus características, si responden a una idea de constitucionalización del derecho mediante la observancia de garantías y derechos mínimos.

3.1. ANTIGUO SISTEMA PROCESAL PENAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Código de Procedimientos Penales promulgado en 1940 diseñó un modelo procesal penal mixto para todos los delitos perseguibles por acción pública: proceso ordinario que implicaba dos etapas: la instrucción, con características del sistema inquisitivo (escrita, reservada, con restricción la defensa, dirigida por el juez penal en el ámbito de una provincia).

Después de realizar los actos preparatorios para la audiencia, si el fiscal superior formula acusación, se pasa a la segunda etapa: juicio o juzgamiento, que se lleva a cabo ante la Sala Superior que sólo funciona en las capitales

³⁵SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Lima: Grijley. 2000, p. 49.

de departamento, y se efectúa con la vigencia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, inviolabilidad de la defensa, es decir, con las características del sistema acusatorio. Su finalidad es desarrollar la actividad probatoria para determinar la responsabilidad penal del acusado y, de ser el caso, aplicar la sanción penal.

En más de 60 años de vigencia del Código de Procedimientos Penales, el ámbito del proceso ordinario se ha reducido paulatinamente y en la actualidad, según lo dispuesto por la Ley N° 27507 (del 13 de julio de 2001), sólo se ventilan en esta vía no más del 10 por ciento de tipos penales. El Código de Procedimientos Penales estableció también la querella como procedimiento especial para los delitos que se persiguen por acción privada (contra el honor, contra la intimidad personal y lesiones culposas simples). Tenía la misma estructura que el proceso ordinario, pero sin intervención del representante del Ministerio Público.

El sistema procesal penal mixto introducido a través del Código de Procedimientos Penales de 1939 simplemente no funcionó en el Perú, según CUBAS VILLANUEVA "(...) porque somos un país pluricultural, multiétnico y multilingüístico, carente de unidad nacional. Nuestro amplio territorio tiene una gran diversidad geográfica, está desarticulado, cuenta con un sistema de transporte deficiente y deficitario, carece de vías de comunicación. En este contexto, cuando se desarrolla un proceso, al concluir la investigación judicial, se tiene que trasladar a imputados, agraviados, testigos, peritos, objetos que son cuerpo del delito, hasta la capital del distrito judicial, siempre distante y de difícil acceso, para la etapa de juzgamiento; lo que es difícil, oneroso y trae como consecuencia morosidad, corrupción y en muchos casos se genera impunidad. Así surgieron los graves problemas de la administración de justicia que hasta la fecha no tienen solución.³⁶

El antiguo sistema procesal penal en la realidad ha presentado las siguientes insuficiencias:

a) En primer lugar, el predominio de un sistema inquisitivo dentro de un

³⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. La reforma del sistema procesal penal en el Perú. En "Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano. Año 01. N° 04. Lunes, 14 de junio del 2004, p. 1.

modelo procesal penal mixto.

ORÉ GUARDIA al respecto señala “(...) el proceso penal mixto quedó estructurado en dos etapas principales: el sumario o instrucción, de corte inquisitivo; y el plenario o juicio, de corte acusatorio”.³⁷

ROSAS YATACO, por su parte, considera que “No obstante que se establece esta mixtura en el Código de Procedimientos Penales de 1940, sin embargo, el modelo que predomina y resalta es el inquisitivo. Así podemos mencionar, entre otras, el culto a los formalismos, ritualismos, a la escrituralidad, la adopción del secreto de la investigación incluso para las partes involucradas, y la conducción de la investigación por el juez. Por su parte en el tema acusatorio sólo se vislumbra en el acto del Juicio Oral, los principios de la publicidad, contradicción e inmediación, pero con ciertas limitaciones y problemas que por el mismo sistema adoptado no se cumplen a cabalidad”.³⁸

NEYRA FLORES considera que “(...) pese a todas las modificaciones el Código de Procedimientos Penales contiene un modelo “inquisitivo reformado”.³⁹

- b) En segundo lugar, la preeminencia del proceso penal sumario frente al proceso penal ordinario

ROSAS YATACO al respecto señala “(...) más del noventa por ciento de los delitos del Código Penal se tramitan vía proceso sumario, siendo en la realidad ésta la generalidad, y la excepción, los procesos ordinarios. De esta forma, la mayoría de los procesos penales, son conocidos y resueltos por el Juez penal que al mismo tiempo investiga y falla en un caso en concreto, contraviniendo el principio de la imparcialidad.”⁴⁰

³⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Alternativas, 1996, p. 16.

³⁸ ROSAS YATACO, Jorge. Sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal: problemas y soluciones de su aplicabilidad. En Revista “Análisis del Derecho. Disponible en <http://ciseperu.com/pdf/penal/sistemaacusatorio.pdf>

³⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. El Juzgamiento en el Nuevo Proceso Penal. En el Diario Oficial El Peruano. Miércoles 20 de Marzo de 2005.

⁴⁰ ROSAS YATACO, Jorge. Sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal: problemas y soluciones de su aplicabilidad. En Revista “Análisis del Derecho. Disponible en

VÉLEZ FERNÁNDEZ, por su parte, sostiene “(...) algunos autores han considerado que los procesos sumarios en el Perú y que constituyen casi el 90% de la carga procesal son procesos predominantemente escritos, reservados en los que el juez por el mérito de las diligencias sumariales, dicta la resolución que corresponda obviando la etapa fundamental del proceso, esto es el juzgamiento. Es por ello, que este tipo de procesos son considerados el claro ejemplo de los procesos tramitados bajo el sistema inquisitivo”.⁴¹

La preeminencia del proceso penal sumario conlleva la vulneración de los principios de la publicidad, oralidad, inmediación y otros. En efecto, la determinación de la sentencia se realiza en base a la apreciación de las diligencias practicadas en la investigación judicial así como el mérito de la documentación acompañada en los actuados, prescindiéndose de la aplicación efectiva de los principios indicados; proceder que deviene en abiertamente inconstitucional.

- c) En tercer lugar, la ineficiencia del sistema procesal mixto para enfrentar las nuevas modalidades de criminalidad (crimen organizado)

ROSAS YATACO al respecto señala “Este sistema procesal se elaboró pensando en otro tipo de criminalidad. En efecto, debemos tener en cuenta que si bien se han realizado una serie de sucesivas modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940, sin embargo su elaboración y construcción se cimentó considerando en los tipos de criminalidad de esa época, por lo que el cambio total, y no parcial era una realidad patente. Pues con el correr del tiempo –más de sesenta años-, el avance y desarrollo de la cultura de los países, de su industria y tecnología ha motivado un nuevo cambio en las costumbres y modo de vida de las personas y por ende esto ha influido también en las organizaciones delincuenciales, siendo que en la actualidad su organización, su estructura y su modus operandi ha cambiado radicalmente en un mundo globalizado, tomando hoy la denominación

<http://ciseperu.com/pdf/penal/sistemaacusatorio.pdf>

⁴¹ VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna Fabiola. El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano. Publicado en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/08mar07/velez_procesal.pdf

de “criminalidad organizada”.⁴²

ROJAS VARGAS al respecto señala “(...) el Código de Procedimientos Penales, hito importante en el desarrollo del sistema acusatorio, expresa hoy así dos momentos distintos de lectura. Augural y novedoso en los años cuarenta del siglo precedente. Arcaico y desfasado en el presente, por lo mismo ineficaz y motivo ideal para dirigir hacia él todas las limitaciones y perversiones de la justicia penal”.⁴³

- d) En cuarto lugar, la investigación del hecho conducida por el Ministerio Público, pero sólo como función pre procesal.

El Fiscal dirige la investigación preliminar pero solo en lo que constituye los actos iniciales de la investigación, esto es, previo a la apertura de la investigación judicial, luego de ello pierde toda dirección.

- e) En quinto lugar, el culto a la escrituralidad y donde el eje central constituye el expediente.

El sistema procesal imperante, contrariamente al sistema de la oralidad, privilegia todas las diligencias transcritas en las actas y la documentación que constituyen el legajo de los expedientes. Esto conlleva a decidir o fallar en mérito a lo que se encuentra sólo en el expediente -y no en una apreciación directa, inmediata, oral y contradictoria de la prueba-, en los casos de los procesos sumarios, y porqué no decir también los ordinarios.

3.2. NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL: CÓDIGO PROCESAL PENAL

El panorama de la sociedad peruana, desde la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1939, ha variado significativamente, lo cual ha planteado la necesidad de una necesaria y urgente reforma del sistema procesal penal. La culminación de aquel proceso de reforma⁴⁴ (y que consideramos jamás se detendrá), es el nuevo Código Procesal Penal

⁴² ROSAS YATACO, Jorge. Sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal: problemas y soluciones de su aplicabilidad. Artículo publicado en la Revista “Análisis del Derecho. <http://ciseperu.com/pdf/penal/sistemaacusatorio.pdf>

⁴³ ROJAS VARGAS, Fidel. Código de Procedimientos Penales. Lima – Perú. 2003, p. 07.

⁴⁴ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Panorama del proceso penal peruano. En “Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial “El Peruano. Año 01. N° 04. Lunes, 14 de junio del 2004, p. 4.

Peruano.

VÉLEZ FERNÁNDEZ, al respecto señala “(...) debido a las implicancias y los efectos del proceso penal en los justiciables: imputado - víctima es necesario como urgente un verdadero cambio en el sistema procesal penal que vaya más allá de una simple modificación de normas penales. Este cambio significativo lo representa sin duda el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004”.⁴⁵

El Código Procesal Penal del 2004 adopta un Sistema Acusatorio Garantista con tendencia a lo Adversarial; esto es, una fusión del sistema Acusatorio Garantista de Europa continental, y el Acusatorio Adversarial o Puro de Inglaterra y Estados Unidos.

3.2.1. FUNDAMENTO

La reforma del proceso penal, según AROCA PÉREZ, “(...) constituye, en esencia, una respuesta integral, coherente, frente a la impostergable necesidad de adaptar el sistema de justicia penal a los requerimientos de la sociedad actual”.⁴⁶

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal de abril de 2004 señala que “Son varias las razones que justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal. Desde un punto de vista del derecho comparado casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador. Esta tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el orden interno

⁴⁵ VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna Fabiola. El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano. En www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/08mar07/velez_procesal.pdf

⁴⁶ AROCA PÉREZ, Alex. El nuevo sistema procesal penal”, Santiago de Chile – Chile. 2003, p. 09

la opción asumida por la Constitución de 1993 al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público obliga adecuar el proceso penal a dicha exigencia constitucional. De otro lado la permanente fragmentación de la legislación procesal penal ocurrida en las dos últimas décadas convierte en imperiosa la necesidad de organizar toda la normativa en un cuerpo único y sistemático y bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal”.

CUBAS VILLANUEVA, por su parte, considera tres razones para la implementación de un nuevo Código Procesal Penal⁴⁷:

- a) Desde el punto de vista del Derecho comparado casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.
- b) La necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos humanos, Convención Americana de Derechos humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y a las normas contenidas en la Constitución Política del Estado que otorgan la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público.
- c) La imperiosa necesidad de organizar toda la normatividad procesal en un cuerpo único y sistemático, bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal.

ROSAS YATACO agrega una cuarta razón: “Se trata de que con la incorporación a nuestro sistema penal del sistema acusatorio, con sus bondades y defectos, constituye hoy por hoy un modelo procesal penal que introduce y respeta los principios procesales que tanto se pregona”.⁴⁸

⁴⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Apuntes sobre el nuevo Código Procesal Penal. En “Revista Actualidad Jurídica. Tomo 129. Lima: Gaceta Jurídica. 2004, p. 7.

⁴⁸ ROSAS YATACO, Jorge. Sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal: problemas y soluciones de su

3.2.2. SISTEMA PROCESAL

Los alcances y límites del derecho de penar del Estado, en un tiempo y lugar determinado, responden, necesariamente, a la naturaleza y esencia del sistema político imperante. Si el régimen es autoritario, su sistema penal también lo será; por el contrario, si el sistema político es democrático sus instituciones jurídicas también lo serán o tendrán como meta serlo. En síntesis, la decisión política que defina el sistema, debe optar básicamente por dos alternativas: primar el interés público y fortalecer el poder del Estado en la persecución penal aún negando los derechos del individuo, o en otorgarle al individuo las suficientes garantías para que enfrente a ese poder punitivo, preservando su dignidad de persona en un plano en el que no se vea absolutamente desprotegido frente a las instituciones públicas de la persecución penal.⁴⁹

El Código Procesal Penal del 2004, acorde con la vigencia dentro de nuestro país de un Estado Constitucional de Derecho, ha adoptado un sistema procesal acusatorio, garantista y de tendencia adversarial.

TALAVERA ELGUERA al respecto señala “(...) la estructura del nuevo proceso penal se edifica sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso”.⁵⁰

RODRÍGUEZ HURTADO, por su parte, sostiene: “Para caracterizar el modelo que trae el NCPP, como en su oportunidad se hizo con el código de 1991 y sus versiones mejoradas de 1995 y 1997, se recurre al calificativo de acusatorio, debido a que al examinar el tratamiento dado a las funciones procesales básicas se aprecia que el nuevo texto rituario efectúa una determinación perfectamente

aplicabilidad. En Revista “Análisis del Derecho. Disponible en <http://ciseperu.com/pdf/penal/sistemaacusatorio.pdf>

⁴⁹ MORALES VARGAS, Alberto J. Nuevo Código de Procedimiento Penal: Redefinición y Fines del Proceso Penal. En “Implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos. Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel. www.dplf.org, p. 48 – 65.

⁵⁰ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Grijley. 2004, p. 13

diferenciada, primero, de la persecución, comprensiva de la investigación, acusación y prueba de la misma; segundo, de la defensa o resistencia ante la incriminación; y, por último, del juzgamiento y fallo; es más, junto a esta determinación de funciones el código procede a atribuir las al respectivo sujeto procesal, entiéndase el Ministerio Público, el imputado y su defensor técnico, y el órgano jurisdiccional, respectivamente (artículos 1, 60, 61, referidos al Ministerio Público; artículos 71, 80, 84, alusivos al imputado y su defensor técnico, y artículo 16 relativo al órgano jurisdiccional); distinguiéndose así de las opciones inquisitivas o mixtas que confunden o superponen las funciones precitadas y sobredimensionan el rol de un sujeto procesal como el juez y postergan a los otros”. Agrega el autor nacional que “En la determinación de las cualidades del nuevo modelo también se hace referencia al término garantizador o “garantista”, en razón a que el código contiene un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del justiciable (...). Además de la nominación de acusatorio y garantizador, se afirma que el NCPP es de tendencia adversativa porque remarca la naturaleza principal del juicio público y oral, la trascendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria le corresponde a las partes que sostienen pretensiones contrarias; el Ministerio Público, como titular de la pretensión punitiva, y el imputado y su defensor técnico a cargo de la pretensión libertaria”.⁵¹

El sistema acusatorio adoptado por el Código Procesal Penal del 2004 queda evidenciado por los lineamientos del acotado texto normativo.

3.2.3. LINEAMIENTOS

Los lineamientos del Código Procesal Penal del 2004 son los siguientes:

- a) La plena separación de las funciones de investigación (a cargo del Ministerio Público), de juzgamiento (a cargo del Juez) y de la

⁵¹ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. Los principios de la reforma y el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (NCPP). Ob. Cit, p. 164-165.

defensa.

Respecto de la función de investigación, ésta recae exclusivamente en el Fiscal quien bajo el nuevo modelo procesal asume una acción protagónica como director de la investigación, que liderará trabajando en equipo con sus fiscales adjuntos y la Policía, diseñando las estrategias a ser aplicadas para la formación del caso y, cuando así corresponda, someterlo a la autoridad jurisdiccional.

Respecto de la función de juzgamiento, el Juzgador Penal se erige como aquella figura no sólo preocupada por la aplicación de la ley penal, sino fundamentalmente como órgano de control de respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

- b) La existencia de un proceso penal único o común, dividido en tres fases: investigación preparatoria (conducida por el Ministerio Público), etapa intermedia y juzgamiento (conducida por el Juez).

ORE GUARDIA, al respecto señala “La estructura del nuevo modelo de proceso penal apunta a constituir un tipo de proceso único para todos los delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal, que se inicie con la actividad preparatoria de investigación bajo la dirección del fiscal, continúe con la acusación, la audiencia preliminar y el juicio oral”.⁵²

La fase de juzgamiento es desarrollada conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas, lo que posibilita al Fiscal sustentar su acusación, permitiendo asimismo que la defensa pueda contradecir dicho argumento en un plano de igualdad procesal, equilibrando la balanza, demostrando el juzgador su absoluto respeto y cumplimiento al principio de la imparcialidad. Asimismo, se ha establecido una preeminencia de la garantía de

⁵² ORE GUARDIA, Arsenio. Panorama del proceso penal peruano”, En Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, Nº 4, Lunes 14 de junio de 2004.

la oralidad, lo cual permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad.

La idea del proceso único no excluye los procesos consensuales y abreviados, como la suspensión condicional del proceso, la terminación anticipada del mismo, entre otros que podrán tener lugar durante toda la etapa preparatoria, e inclusive antes de que se presente la acusación.⁵³

- c) La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, siendo la excepción la privación de la libertad del imputado.
- d) La prohibición de repetición de diligencias irrepetibles, salvo situaciones excepcionales; lo cual materializa el principio de economía y celeridad procesales.
- e) La reserva y el secreto en la investigación. La reserva de la investigación es el mantenimiento en la esfera particular de los sujetos procesales del contenido de la investigación, con exclusión de los demás que no son considerados como sujetos procesales. El secreto de la investigación significa el desconocimiento de una diligencia o documento de la investigación de los sujetos procesales por un tiempo prudencial.
- f) La nueva organización y funciones de los Jueces y Fiscales. El Código Procesal Penal ha implicado la modificación sustancial de la estructura, organización y funciones del sistema de justicia penal. La Fiscalía de la Nación ha incorporado la Fiscalía Corporativa, como la figura del Fiscal Coordinador. El Poder Judicial, por su parte, ha introducido los Jueces de Investigación Preparatoria, Unipersonal y Colegiado.

⁵³ ORE GUARDIA, Arsenio. Panorama del proceso penal peruano", En Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, Nº 4, Lunes 14 de junio de 2004.

CAPÍTULO II

LA ACUSACIÓN FISCAL Y EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA O CONCRETA

1. LA ACUSACIÓN FISCAL

1.1. DEFINICIÓN

La acusación fiscal es una facultad del Ministerio Público a efectos de solicitar el procesamiento de una persona, desarrollando en su contenido la individualización del acusado, el hecho imputado, la tipificación, los medios de prueba a actuarse en juicio, las circunstancias modificativas, y la solicitud de pena y reparación civil.

La acusación delimita el objeto del proceso, haciendo con ello posible una adecuada defensa y fijando los límites de la sentencia. Por eso la acusación debe ser concreta pues sino se prestaría a la injusticia y arbitrio judicial.

El Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 ha establecido que la acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que tiene el monopolio en los delitos sujetos a persecución pública y que con la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal que en el fondo es una petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a un imputado de un cargo penal.

La investigación preparatoria es la etapa prevista por el legislador del Código Procesal Penal para la reunión de las evidencias a efectos de poder presentar la acusación que será examinada por el juez de la etapa intermedia teniendo como finalidad la reunión de los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa; determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

GIMENO SENDRA señala que una vez concluida la instrucción y dentro de la fase intermedia en el plazo legal el Fiscal puede presentar el escrito de

acusación que es un acto de postulación en que esta parte procede a formalizar la pretensión punitiva descansando en las máximas romanas ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine accusatore

1.2. CONTENIDO

El Considerando Séptimo del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 identifica la base legal del contenido de la acusación y condicionan su eficacia procesal en los artículos 225° del Código de Procedimientos Penales, el artículo 349° del Código Procesal Penal y el artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Asimismo, identifica dos rasgos característicos en la regulación normativa de la acusación:

- Desde una perspectiva subjetiva, el colegiado señala que existe la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado comprendido mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción según se trate de la legislación procesal de 1940 o del 2004.
- Desde la perspectiva objetiva, el colegiado señala que la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, el título de condena, y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 señala que desde el punto de vista formal la acusación, además del carácter escrito, debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, sustentada en el resultado de las investigaciones practicadas en la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción tiene que incluir, por su relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es las agravantes o atenuantes que van a tener efecto en la graduación de la pena.

1.2.1. SEGÚN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940

Los elementos sustanciales que debe contener la acusación conforme al artículo 225° del Código de 1940 y el artículo 92°, inciso 4) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, son los siguientes:

- Identificación del acusado.- El nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento y domicilio del acusado. El acusado debe estar debidamente individualizado e identificado para efectos del juzgamiento.
- La acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad.- En la acusación debe estar claramente indicada si la comisión es por acción o por omisión y un alcance sobre la probable responsabilidad penal sobre el acusado, sujeto obviamente a prueba.
- Calificación jurídica.- Los artículos pertinentes del Código Penal; y en casos de penas alternativas, la que fuera aplicable, la duración de las penas principal y accesoria, o la medida de seguridad que sustituya a la pena, esto comprende la subsunción de la conducta en el tipo penal respectivo, y la solicitud de pena principal o accesoria. En el caso de sujetos inimputables absolutos o relativos la medida de seguridad, el tiempo y las modalidades como el internamiento o el tratamiento ambulatorio. En suma la calificación jurídica del hecho y las consecuencias penales.
- El monto de la indemnización civil.- Debe fijarse la forma de hacerla efectiva y la persona a quien corresponda percibirla. La pretensión civil reparatoria es parte de la acusación que busca reparar el daño causado, como se puede ejecutar, y quien debe ser reparado. Esta es una parte siempre débil de la acusación porque no hay enfoque desde la teoría del daño de lo que debe ser reparado en sus aspectos de daño patrimonial y daño extrapatrimonial.

- Órganos de Prueba ofrecidos.- Los Peritos y testigos que a juicio del Fiscal deben concurrir a la audiencia. Si lo considera necesario a efectos de probar los cargos contra el acusado.
- La declaración de haber conferenciado o no con el acusado - El Fiscal indicara si éste se halla preso o libre y el tiempo exacto que ha estado detenido. Esta es una facultad que tiene el acusador seguramente a efectos de poder cumplir con el criterio de objetividad, sin embargo, el acusado no está obligado a declarar pues tiene garantía de guardar silencio y al derecho a no auto incriminarse. El sentido de la conferencia con el acusado está en artículo 224° del Código de Procedimientos Penales que dice que si el Fiscal lo crea conveniente conferenciará con el inculpado para obtener los datos o declaraciones que juzgue necesarias y que esa conversación será privada. Sin embargo, reiteramos que no es obligatoria para el acusado, y en el nuevo modelo se ha suprimido.
- Opinión cómo se ha llevado a cabo la instrucción.- Si las ampliaciones acordadas en la instrucción se han debido o no a la negligencia del Juez o del Fiscal Provincial a fin de anotarse como demérito en su legajo personal. Esta es una opinión respecto a la etapa instructora la que podría acarrear responsabilidad administrativa disciplinaria si se comprueba irregularidad de los magistrados de dicha instancia.

1.2.2. SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

La descripción de los elementos de la acusación está prevista en el artículo 349 del Código Procesal Penal que establece que esta deberá estar fundamentada o motivada, conteniendo lo siguiente:

- Los datos.- Que sirvan para identificar al imputado, es decir que el acusado debe estar debidamente individualizado.

En cuanto a la exigencia de identificación del acusado, ésta no significa necesariamente que debe estar individualizado en los sistemas formales del RENIEC por ejemplo, sino que se exige

que el imputado sea identificado por su nombre, datos personales, señas particulares, nombre de los padres, cualquier otro dato que nos indique que es esa persona y no otra, domicilio, su documento de identidad, y cuando corresponda sus impresiones digitales a través de la oficina técnica respectiva.

- Imputación.- Delimitación clara y precisa del hecho atribuido al acusado. Las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, es decir tiene que ser ubicable en el tiempo y lugar. Si son varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos. En la práctica vemos denuncias presentadas por la Fiscalía que no ubican el hecho con claridad espacial y temporalmente, y con estos defectos trae la dificultad que el objeto sujeto a prueba sea indeterminado, y se afecte el derecho de defensa del imputado.
- Elementos de convicción o de juicio.- Que fundamenten el requerimiento acusatorio, estos pueden ser datos de la investigación o inferencias en base a lo recabado, los elementos de convicción o elementos de juicio que le den cierta solidez a la acusación.

En efecto, el legislador impone la exigencia al Ministerio Público de requerir que la acusación contenga los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio, téngase en cuenta que ya no se trata de meros indicios reveladores de la comisión de un delito, sino que el Fiscal cuente con "sus pruebas" de la investigación preparatoria que le dan la firme convicción que está frente a un delito que merece ser sancionado, por eso expresamos anteriormente que el Fiscal en su acusación llega a la certeza positiva y por ende sus elementos de convicción lo determinan a Acusar.

- La participación.- La forma de intervención en el ilícito que se atribuye al imputado; esto es si ha actuado en calidad de autor mediato o inmediato, instigador o cómplice. Esta situación será

definida en el juicio oral y determina mayor o menor reproche contra el acusado.

En efecto, la acusación también debe pronunciarse respecto al grado de participación del imputado, sea como autor directo, como autor mediato o coautor, o como partícipe, cómplice primario, secundario, instigador, distinción que es necesario para que el acusado realice una adecuada defensa y una graduación de la pena al momento de imponerse la sanción.

- Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.- Estas tienen que ver con las agravantes o atenuantes que estando fuera del delito y no siendo esenciales para su realización, tienen implicancia en la responsabilidad penal del acusado y de la graduación de la sanción.
- Calificación jurídica.- El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite.
- Fijación del monto de la reparación civil. Además los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizaran su pago y la persona a quien corresponda percibirlo. El agraviado sólo está autorizado a perseguir la indemnización y apelar cuando el acusado sea absuelto.

En efecto, respecto de la víctima se exige al Ministerio Público que se fije el monto de la reparación civil también motivado en cuanto a su quantum o forma de reparar el daño con un criterio de justicia restaurativa y no necesariamente con los criterios clásicos pecuniarios de daños y perjuicios, daño emergente, lucro cesante, o daño moral o daño a la persona; señalándose los bienes embargados, incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda recibirlos.

- Los medios de prueba que ofrezca el Fiscal para actuación en Juicio.- El fiscal presentará la lista de testigos y peritos, con

indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que declararán. Además hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca para ser actuados en el juicio oral.

En efecto, el Fiscal debe ofrecer los medios de prueba en que sustenta la acusación formulada, a efectos de que el órgano jurisdiccional en principio las admita y luego procesa a su actuación; por ejemplo para el caso se presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones, debe quedar claro que no es necesario señalar circunstanciadamente todos los hechos sobre los cuales versará la declaración sino solo los fundamentales, con lo cual se logra delimitar el objeto de la declaración del respectivo testigo en el juicio, sino que facilita el control de las partes y el juez solo ingresará al debate si es que hay observaciones u objeciones, todo basado en el sistema cuasi adversarial.

Asimismo, debe hacerse una reseña de los medios de prueba que ofrezca, pues debe tenerse presente que el ofrecimiento en la introducción de la prueba, es la primera etapa, y con tal criterio el Juez no puede rechazar la prueba por defectos de forma en su ofrecimiento por ejemplo que por razones fundadas se ofrezca a un testigo sin expresar su domicilio — razones de protección al testigo clave -, pues el eventual rechazo podría dar lugar a que el Fiscal no pueda cumplir con su función constitucional y eventualmente un rechazo por fiel cumplimiento de la norma procesal podría acarrear la nulidad de la decisión del órgano jurisdiccional.

En cuanto a los peritos, si bien la norma no precisa debe señalarse su ocupación, y en cuanto a su dictamen este no puede ser introducida mediante su lectura, sino lo será mediante su declaración oral sobre el informe previamente evacuado, por ello no puede ser ofrecido como prueba pericial el informe escrito, es importante dejar establecido como el dictamen pericial

se presenta en la investigación preparatoria, éste puede ser presentado hasta el momento de emisión del auto de apertura del juicio oral, pero no cabe duda que este peritaje debe ser entregado al acusado para que pueda preparar adecuadamente su defensa, desde el punto de vista técnico y controvertir sus conclusiones a través del contrainterrogatorio o de otra prueba pericial que puede ofrecer y que por tanto no nos debe llevar a la confusión de entender que el informe debe ser entregado al tribunal del juicio oral. Para todos los casos la prueba debe ser pertinente, conducente y útil, al decir del artículo 352 ordinal 5to, literal b) del NCPP, solo si las pruebas tienen esas virtudes podrán ser Admitidas.

- Regla de congruencia.- La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica, ésta puede variar; pero no los hechos descritos en la disposición de formalización.

En efecto, el artículo 349 ordinal 2do del Código Procesal Penal establece que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica; la primera parte de la norma es una manifestación del principio de correlación o de congruencia, entre imputación y fallo.

- Acusación alternativa.- En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado. Tener una calificación jurídica distinta a la principal, tiene su razón de ser en que el Fiscal actúe con la idea de evitar la impunidad.

En efecto, es posible también que el Ministerio Público señale alternativa y subsidiariamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, se han dado casos por ejemplo en chantaje con extorsión, lesiones leves con aborto preterintencional, falsedad ideológica por inserción con falsedad ideológica por uso del documento; entre otros, por tanto la acusación debe tener la suficiente capacidad de adecuación a los hechos que pueden resultar luego del debate y poder subsumirse los hechos en un tipo penal específico.

- Medidas cautelares.- El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria y esta facultado para solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. Las medidas cautelares que subsistan serán expresamente señaladas por el Fiscal puesto que sobre estas, pesa la regla rebus sic stantibus que justifica su mantención o su variabilidad.

1.3. CONTROL

El Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 ha establecido que si bien la acusación fiscal constituye la materialización del monopolio de persecución pública del delito, aquel ejercicio se encuentra subordinado al principio de legalidad u obligatoriedad, con lo cual el Ministerio Público está obligado a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado, de conformidad con el artículo 344° inciso uno del Código Procesal Penal que señala que dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, **siempre que exista base suficiente para ello.**

La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República guarda relación con la posición ya esgrimida al respecto por el Tribunal Constitucional, quien respecto de la actuación del Ministerio Público en sus fines persecutorios, ha señalado: “Principio de interdicción de la arbitrariedad. (...) Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal

como ha sido dicho en anterior sentencia: "a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad". (STC. EXP. N° 090-2004 AA/TC. Fundamento 30).

En suma, el Tribunal Constitucional define la arbitrariedad como aquello contrario de la justicia y carente de razonamiento, incongruente y sin conexión con la realidad. Lo arbitrario es ilegal e inicuo.

La aplicación del concepto de arbitrariedad formulado por el Tribunal Constitucional posibilitaría reafirmar la proscripción de cualquier ejercicio injustificado del poder de persecución del Ministerio Público y, en forma subsecuente, del control de aquella actuación.⁵⁴

2. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

2.1. DEFINICIÓN

La imputación fiscal, según CÁCERES JULCA, "(...) es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar a negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la significancia penal".⁵⁵

El principio de imputación necesaria, según CASTILLO ALVA, implica que no sólo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados, precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la

⁵⁴ El Tribunal Constitucional al respecto señala: "Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y, c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica." (STC. EXP. N° 090-2004 AA/TC. Fundamento 30).

⁵⁵ CÁCERES JULCA, Roberto. Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción. Lima: Grijley. 2008, pp. 124-125

distinción entre los autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio.

MAIER refiere al principio de la imputación necesaria en los siguientes términos: “La 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. (...) La Imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. 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) y la proporcione su materialidad concreta”

BINDER por el término imputación concreta señala que “es necesario que en el proceso exista una imputación concreta; en especial, que el juicio se fundamente sobre una acusación precisa y detallada, que sirva de límite al ámbito de la decisión del tribunal.”

En suma, la imputación concreta es el deber de carga del Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal.

La imputación necesaria es un principio fundamental debido a que es el punto trascendente para el ejercicio del derecho de defensa; sin una correcta descripción de los hechos y sus circunstancias tiempo modo y lugar no es posible precisar que existen las condiciones necesarias para que la persona imputada pueda defenderse adecuadamente, con lo cual se advierte una franca vulneración al debido proceso, al derecho de defensa y al principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales - y fiscales. El principio de la imputación concreta está muy vinculado con muchos otros principios

procesales penales, de desarrollo constitucional como los que mencionamos. Una investigación donde el imputado no puede saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de que pruebas - elementos de convicción- es completamente inconstitucional.

2.2. FUNDAMENTOS

La Constitución Política del Perú consagra un conjunto de principios que rigen el proceso penal, uno ellos los cuales es el principio de imputación necesaria.

El principio de imputación necesaria, o también llamado principio de imputación concreta o imputación suficiente o imputación precisa no se encuentra taxativamente previsto en el texto constitucional, extrayéndose del proceso interpretativo del artículo 2, inciso 24, párrafo d y artículo 139, inciso 14, pues la imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal.

El principio de legalidad, previsto en el artículo 2, inciso 24, párrafo d, propugna que una persona sólo puede ser procesada por un hecho típico, es decir, que la denuncia penal debe tener como objeto una conducta en la que se verifiquen todos los elementos exigidos en la ley penal para la configuración del delito.

El principio de defensa procesal, previsto en el artículo 139, inciso 14, postula que para que una persona pueda ser procesada la denuncia penal debe contener con precisión la conducta delictiva atribuida a fin de que el imputado pueda defenderse. Solo con una descripción clara, precisa, detallada y ordenada, puede respetarse el derecho de defensa.

Asimismo, el artículo XI del Título Preliminar del Código Procesal Penal consagra el principio de imputación necesaria, cuyo texto señala: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”.

El término “detalladamente” hace mención a que la imputación que se formule debe ser precisa, clara, concreta y suficiente, no genérica o abundante y vaga.

El fundamento del principio de imputación concreta lo encontramos igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, numeral 3, letra a) señala: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.”

2.3. REQUISITOS

CASTILLO ALVA y REÁTEGUI sostienen que si se trata de ser metodológicos, existen tres requisitos que mínimamente deben cumplirse para la observancia del principio de imputación suficiente en la fundamentación de la imputación fiscal: 1°) requisitos desde el punto de vista fáctico; 2°) requisitos desde el punto de vista lingüístico; y 3°) requisitos desde el punto de vista jurídico.

2.3.1. REQUISITOS FÁCTICOS

El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a un apersona. El Art. 336 del CPP del 2004 señala que “si de la denuncia, del informe policial, o de las diligencias preliminares realizadas, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, (...), dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria”. Es decir, el Fiscal tendrá que comunicar efectivamente al imputado el hecho que se le atribuye, el cual debe comprender la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de modo, tiempo, lugar; así como los elementos de convicción existentes. Esta información debe comunicarse antes de comenzar a la declaración, previamente o sin demora, es decir antes de cualquier acto procesal. Deteniéndonos en esta última afirmación es preciso preguntarnos ¿Si la declaración se toma en sede fiscal durante

diligencia preliminares cómo se le puede comunicar su imputación si aún no se ha realizado tal imputación en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria?, sobre este tema nos dedicaremos más adelante.

El cumplimiento del principio de imputación necesaria pasa por respetar lo más escrupulosamente posible los elementos estructurales del tipo penal. Por lo tanto debe cumplirse con las exigencias del tipo objetivo describiéndose sus elementos como la precisión del:

- a) Autor o partícipe
- b) Comportamiento (acción u omisión).
- c) Resultado (lesión o puesta en peligro)
- d) La relación de causalidad o imputación objetiva, cuando sea posible establecerla.

También por mandato del principio de legalidad debe cumplirse con describir el elemento subjetivo del tipo penal, ya sea dolo, culpa o algún otro elemento subjetivo especial del tipo - como el ánimo de lucro en el robo.

En lo concerniente al comportamiento típico, aparte de la clase de comportamiento por acción u omisión, debe fijarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es decir:

- Su delimitación temporal: ¿cuándo se realizó?, fecha, día y de ser posible la hora y minuto.
- El modo de Ejecución: como por ejemplo en el homicidio calificado, por alevosía, con crueldad, en la oscuridad.
- El grado de desarrollo del Iter Criminis: Acto preparatorio, acto ejecutivo o consumación.
- El medio utilizado: Como puede ser un arma de fuego, cuchillo, daga, piedra, ponzoña, etc.

Por otro lado se ha de significar que la descripción de la relación de causalidad o de la imputación objetiva que media entre el comportamiento y el resultado, más que estar ya aprobada debe por lo menos ser razonable; de tal modo que la vulneración del principio de imputación necesaria sólo se dará cuando la imputación objetiva que se destaca manifiestamente no se configura o es irracional.

Ya que hablamos reglones arriba sobre la especificación de la imputación subjetiva, debemos citar al Magistrado Arequipeño Celis Mendoza , quien sostiene que la postulación de proposiciones fácticas con elementos de convicción vinculadas a la realización de los elementos del tipo subjetivo, corresponden a la subjetividad del agente y obviamente su reconstrucción se presenta con mucha dificultad, dado que humanamente nos es posible penetrar en la subjetividad del agente y verificar su particular vigencia psicológica al momento de la realización del hecho delictivo. El dolo como conocimiento y voluntad de la realización del hecho punible tiene que ser reconstruido con la imputación concreta. El dolo directo es compatible con un concepto psicológico descriptivo de la voluntad - voluntad descriptiva-; por tanto la imputación exige proposiciones vinculadas al conocimiento y la voluntad. Empero el dolo indirecto y el dolo eventual sólo es compatible con un concepto de voluntad normativa; así, será suficiente con imputar que el agente contaba con ciertos conocimientos al momento de realizar la conducta objetivamente típica para atribuirle un comportamiento doloso.

Independientemente del problema anterior -agrega Celis Mendoza- de voluntad descriptiva o normativa, se presenta el problema de imputar concretamente los conocimientos que tuvo el sujeto activo; se tienen dos respuestas: una de configuración realista y otra de configuración normativa.

La configuración realista estima que los conocimientos requeridos por el dolo son datos de naturaleza psicológica; por consiguiente, se imputa una realidad que se encuentra en la psiquis del sujeto; esta opción propende a una aproximación a la verdad que

permita contener la violencia punitiva. Por otro lado, las concepciones normativas o configuración normativa señalan que no es posible averiguar el dolo en las concretas vivencias psicológicas del sujeto activo, por consiguiente, recurren a criterios normativos de determinación del dolo; se atribuye o imputa un determinado conocimiento a un sujeto y con ellos el dolo, pero empleándose criterios distintos a la verificación empírica de datos psicológicos. Sin embargo, desde óptica normativa se enerva la posibilidad de contener la violencia punitiva; y probablemente dará lugar a que se atribuya dolo donde no existe dolo.

El Ministerio Público tiene el deber de la carga de afirmar proposiciones fácticas de una realidad psíquica, y el deber de la carga de probar éstas. Según el maestro arequipeño las experiencias psíquicas no pueden probarse de manera directa, carece de sentido pretender su probanza de manera directa. Por ello la lógica indiciaria cobra capital importancia para probar realidades subjetivas; en efecto, las proposiciones fácticas (indicativos) tienen que ser probados para inferir intencionalidad. No obstante, lo afirmado señala algunas veces la prueba indirecta de proposiciones fácticas de hechos subjetivos; sin embargo, no se ha puesto mucha atención a las proposiciones objetivas indicativas que posibilitarían inferir el dolo del agente. Probar directamente las proposiciones fácticas subjetivas, es una exigencia de imposible cumplimiento dado que el hecho psíquico sólo se presenta en la subjetividad del sujeto. Su exigencia de probanza directa puede generar lagunas de impunidad y, en el contexto de la reforma, puede ser indebidamente aprovechada por ausencia de proposiciones objetivas indicativas de la subjetividad del agente.

2.3.2. REQUISITOS LINGÜÍSTICOS

El principio de imputación necesaria debe también cumplir con determinados presupuestos lingüísticos. No basta que se establezca el hecho contenido de la concreta imputación. Puede estar el hecho, pero no cumplirse con el principio de imputación necesaria.

Pero, ¿Qué se entiende por requisito lingüístico de la imputación

necesaria?, Castillo Alva nos dice que la imputación debe ser formulada en lenguaje claro, sencillo y entendible, sabiendo que, si bien constituye un trabajo técnico jurídico, está dirigida y va a ser conocida por los ciudadanos contra quienes se dirige la imputación, ciudadanos que pueden ser desde un notable funcionario hasta un vil delincuente iletrado, pasando por una humilde persona que puede ser incluso hasta analfabeta.

Una imputación precisada en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria adolece de este requisito cuando no se encuentra formulada de manera clara, inequívoca y suficientemente explícita. Uno de los aspectos que contribuye a claridad de la imputación es el necesario orden con que el Ministerio Público plantea la imputación en la Disposición respectiva, y que debe respetar en la medida de lo posible la cronología de los hechos, el nivel de intervención entre otras variables.

2.3.3. REQUISITOS NORMATIVOS

Los requisitos jurídicos o normativos del principio de imputación necesaria que señala Castillo Alva pues supone el cumplimiento previo de los presupuestos fácticos y lingüísticos antes descritos.

El requisito normativo del principio de imputación necesaria puede descomponerse en los siguientes elementos, que actúan como sus manifestaciones y exigencias:

- a) **FIJACIÓN DE LA MODALIDAD TÍPICA.** Que se describan o enuncien de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.

Con el cumplimiento del requisito fáctico (descripción precisa y suficiente del hecho materia de denuncia) no siempre se respeta el principio de imputación necesaria. Es indispensable es necesario descender más al detalle y especificar la concreta modalidad típica del comportamiento o, en general del hecho imputado.

Ello reviste especial trascendencia en los casos de tipos

alternativos en donde se enuncian dos o más comportamientos (V.gr. lavado de activos con tráfico ilícito de drogas; peculado y colusión en cualquiera de sus modalidades, etc.) o es necesario especificar el concreto objeto de la acción en el que recae la conducta (V.gr. señalar si se trata de documento público o privado en la falsificación de documentos). Al respecto nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia recaída en el Exp. N°3390-2005-PHC/TC-Lima, caso Margarita Jacinta Toledo Manrique, donde se cuestiona un auto de apertura de instrucción por no haber precisado si en el delito de falsificación de documentos se estaba imputando haber falsificado un documento público o privado. Sobre ello comentaremos más ampliamente esta sentencia en un siguiente apartado jurisprudencial.

- b) **IMPUTACIÓN INDIVIDUALIZADA.** Que en caso pluralidad de imputaciones o de imputados se determine cada hecho y su correspondiente calificación jurídica.

El principio de imputación suficiente demanda que todas y cada una de las imputaciones planteadas se encuentren completa y suficientemente circunstanciadas con el fin de garantizar el derecho de defensa, para ello es necesario una imputación individualizada.

No se cumple con el test de constitucionalidad cuando, por ejemplo, se denuncia un delito sumamente grave en el que se precisa la imputación de modo circunstancial y detallado y, en el otro lado, se denuncia también un delito leve o sencillamente menos grave y no se cumple con circunstanciar el hecho, bajo entendido de que solo los delitos graves deben cumplir con el mandato constitucional del principio de imputación necesaria. También los delitos de bagatela o de gravedad intermedia deben respetar con el mandato y las exigencias del principio de imputación necesaria.

Todo hecho debe tener su calificación jurídica, o mejor dicho, cada delito que se imputa y denuncia debe necesariamente cumplir con la exigencia de un relato fáctico preciso y circunstanciado. Ello se basa en el respeto al derecho de defensa, en donde cada delito que se imputa debe tener de modo obligatorio su correlato en la precisión de

un hecho determinado.

La problemática de la variedad de imputaciones o de imputados tiene su correlato en la necesidad de que se cumpla con el deber constitucional de motivación individualizada de las resoluciones estatales en la que se afectan, en general, derechos fundamentales. La exigencia de motivación individualizada nace de la consagración constitucional (Art. 20 1 de la Constitución Política) y legal de que la responsabilidad penal es personal e intransferible (Art. VII Título Preliminar del Código Penal) y no común y solidaria.

- c) **FIJACIÓN DEL NIVEL DE INTERVENCIÓN.** Que en caso de pluralidad de imputados se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor o partícipe.

Junto al deber de motivación individualizada de cada imputación es necesario que el acto de imputación fiscal establezca desde el punto de vista jurídico-penal el concreto y específico nivel de autoría y participación penal de cada persona interviniente en el hecho.

La necesidad de imputación necesaria requiere, en especial en los delitos contra la administración pública donde hay una variedad de imputados e imputaciones, que se especifique y valore de manera adecuada el concreto nivel de intervención en el hecho imputado, ya sea como autor o partícipe, en cualquiera de sus modalidades. La realizar una buena imputación no basta con fijación de la conducta, sino también la precisión adicional, y de igual trascendencia de la condición de autor o partícipe.

La imputación concreta en un caso donde se haga pluralidad de imputaciones e imputados - repito- a un sujeto, no sólo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, sino precisar cada uno de sus aportes y cumplir con establecer la distinción entre autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los partícipes, cómplices -primarios o secundarios- o

instigadores que lesionan el bien jurídico de manera accesoria. Como dijimos, no basta con cumplir con la exigencia de circunstanciar de modo preciso un hecho y atribuirlo a una determinada persona, es necesario que se establezca, aun de modo accesorio y provisional, una calificación o imputación acerca de si se le atribuye una concreta modalidad de autor o si se trata de una de las formas de participación.

Así mismo, cada asignación de un hecho debe ir precedido de una valoración y/o calificación del aporte autor o partícipe, puesto que no todos los imputados hacen lo mismo, ni todos tiene el mismo grado de responsabilidad.

La no vinculación del principio de imputación concreta con las reglas de autoría y participación solo tendría sentido pleno si en la medida que el ordenamiento jurídico peruano consagrarse un sistema unitario de autor y no un sistema restrictivo en el que desde el punto de vista jurídico se diferencian los aportes entre autores y partícipes.

Al respecto debemos decir que ha dos pronunciamientos jurisprudenciales muy importantes referidos al nivel de participación en el desarrollo del delito, la Resolución de Nulidad N° 730-2004 y la sentencia del Tribunal Constitucional N°8125.2005-PHC/TC, Caso Jeffrey Immelt, que más adelante comentaremos con mayor detenimiento en un apartado jurisprudencial.

d) Que se establezcan los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación.

La necesidad de motivación de la imputación en todos sus elementos y requisitos estructurales es un presupuesto constitucional indubitable.

DEL OLMO DEL OLMO sostiene que debe exigirse fundamentación en la aplicación de medidas cautelares, pero adicionalmente la obligación constitucional de motivar se extiende también a la determinación y precisión exhaustiva de los indicios suficientes o los elementos de juicio reveladores que acreditan con

probabilidad, tanto la comisión de un hecho delictivo y la probable intervención, ya sea como autor o partícipe.

El Ministerio Público, parte encargada de la imputación debe expresar las razones que determinan su decisión y pronunciamiento. En caso se expida una disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria sin un mínimo racional de la comisión de un delito, ello supone la violación del principio de la tutela judicial efectiva.

La obligación de motivar no deriva sólo de la Constitución sino del respeto al principio de presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. De allí que la resolución correspondiente debe mostrar de manera adecuada el razonamiento lógico acerca de la probabilidad alcanzada sobre los indicios suficientes que acrediten la comisión del delito y la probable responsabilidad del autor o del partícipe.

La obligación de motivar los indicios suficientes por parte de quien formula la imputación debe distinguirse, por ser actos completamente diferentes, de la discrecionalidad vinculada en la valoración de dichos indicios que como competencia exclusiva se reconoce al Ministerio Público o al Poder Judicial. La relación de los hechos imputados sin la explicitación de los indicios suficientes convierte a la resolución judicial (auto) en nula. Lo mismo ocurre si la motivación se remite a los considerandos - sean amplios, precisos o rigurosos- de la denuncia de parte. No se acepta la imputación por remisión.

CAPÍTULO III

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL: OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE – SEDE FERREÑAFE DURANTE EL PERIODO 2016 – 2020

1. EL JUEZ EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

El Perú se encuentra viviendo un momento trascendental en lo concerniente a la administración de justicia penal, dada la implementación paulatina de un nuevo cuerpo normativo procesal que introduce un nuevo modelo: el sistema procesal acusatorio con tendencia adversarial.

El sistema procesal acusatorio es propio de regímenes democrático-liberales, como el Perú. Adopta los principios de relevancia de la acusación, imparcialidad del juez, presunción de inocencia y esclarecimiento judicial de los hechos; así como la oralidad, inmediación, concentración, economía procesal, publicidad y contradicción en el proceso. Al mismo tiempo, debe establecer mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, sin perjuicio de la implementación de criterios de oportunidad, esto es, la descriminalización de hechos punibles, con la finalidad de evitar la aplicación del poder del Estado donde otras formas de reacción frente a la conducta reprochable pueden alcanzar mejores resultados, consistentes en la adecuación social del hecho, la culpabilidad mínima del autor y la ausencia de prisión preventiva, y la eficiencia del sistema penal a través de la implementación de la denominada “Justicia Alternativa” y de mecanismos autocompositivos.

El sistema procesal acusatorio evita que el uso de un poder degenera en abuso; del principio de separación de las funciones procesales, derivan las características esenciales del sistema acusatorio, que lo coloca estructuralmente en una posición de neta contraposición lógica a los caracteres que connotan el sistema inquisitorio.

El sistema procesal acusatorio se erige principalmente sobre la base del Principio Acusatorio, sin cuya presencia y observancia simplemente no puede

hablarse de sistema propiamente dicho; situación que ha motivado incluso confundir ambas instituciones, pese a hallarse estrechamente vinculadas.

La vigencia del Principio Acusatorio dentro de un determinado ordenamiento adjetivo penal, determina la producción de determinadas consecuencias.

ASENCIO MELLADO al respecto señala que “(...) la doctrina suele básicamente coincidir en la asignación al modelo acusatorio formal o mixto de las siguientes notas: a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez. (...) b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. c) Relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes”.⁵⁶

ARMENTA DEU por su parte sostiene que el Principio Acusatorio comprende “a) La necesidad de la existencia de una acción como presupuesto del juicio y de la condena, lo que en primer término exige el previo conocimiento de la acusación formulada, proyectándose así sobre el derecho de defensa, en tanto, en segundo lugar, abarca un doble ámbito: de contenido, en cuanto la acusación es el objeto del proceso y de ahí que sus límites marcan la existencia y amplitud de la misma (correlación entre acusación y sentencia); y de forma, ya que la acusación deberá ser comunicada al sujeto pasivo en los términos que marca cada proceso desde el punto de vista formal ya analizado. b) La correlación entre acusación y sentencia, en cuanto ésta última no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente del aquél a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal, en los escritos de calificación o acusación, a tenor de lo señalado líneas más arriba y; c) La prohibición de “reformatio in peius”, en cuya virtud, la exigencia de acusación se extiende a las diferentes instancias, sin que pueda entenderse que la existente en la primera sirva a tales efectos, y exigiéndose así la formulación en la segunda instancia a través de apelación principal o de adhesión a la misma.”⁵⁷

La exposición de los principales rasgos del sistema acusatorio, el cual es el modelo adoptado por el legislador nacional, permite advertir un cambio sustancial del

⁵⁶ASENCIO MELLADO, José María. Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Lima: Fondo Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. 2008, p. 12-13

⁵⁷ARMENTA DEU, Teresa.- Ob. Cit, p. 158.

rol del juez, pues deja de ser juez y parte al abandonar el rol instructor para concentrarse en la labor de juzgamiento, como el tercero imparcial que es y lo debe ser en todo momento bajo el escenario de un Estado Constitucional del Derecho.

En efecto, el **Principio Acusatorio conlleva la exigencia de que los poderes materiales, consistentes en la introducción del objeto del proceso (acusación) y las pruebas de los hechos, no recaigan en la persona del juez, sino en un órgano distinto: el Ministerio Público.**

ASENCIO MELLADO al respecto señala que “Constituye la exigencia de que la acusación sea formulada por una persona distinta en todo caso del Juez una nota cualificativa del principio acusatorio formal, si bien no se debe pensar que sea tal dato el único utilizable a los efectos de reclamar, cuando opere en un sistema concreto, la vigencia de dicho principio de acusación”. Agrega el autor español que “(...) esta cualidad significa que el Estado procede a desdoblar sus competencias de acusación y decisión en dos órdenes de funcionarios, pertenecientes al mismo Estado, pero distintos entre sí, en lo que ALMAGRO ve como una especie de autolimitación del propio Estado en su tarea de imposición de penas dado que, en cierta manera, se subordina la emisión de la sentencia condenatoria a una voluntad anteriormente manifestada de persecución”.⁵⁸

GUERRERO PALOMARES por su parte sostiene que “La primera regla para lograr la neutralidad del Juez en el proceso es que a éste le esté vedada tanto la iniciación de oficio del proceso como el mantenimiento de la acusación en cualquier fase del procedimiento. Como afirma DÍEZ-PICAZO y GIMÉNEZ L. M., una de las consecuencias del sistema acusatorio en el proceso inglés (y nosotros añadimos, en todos los procesos que quieran tildarse de acusatorios) es que “la incoación del proceso penal exige que alguien ajeno al tribunal se constituya como actor y acuse...”, así sucede también en EEUU, Italia y Alemania”.⁵⁹ Agrega el jurista español que “(...) dado que en un sistema acusatorio los hechos objeto del proceso sólo podrán ser introducidos por las partes —y siendo patenté que el comienzo de un proceso penal deriva de la puesta de manifiesto de una serie de hechos que son susceptibles de ser delictivos-, es claro por qué en un proceso de corte adversarial

⁵⁸ ASECIO MELLADO, José María. Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Ob. Cit, p. 13

⁵⁹ GUERRERO PALOMARES, Salvador.- Ob. Cit, p. 91.

al Juez le está prohibida la incoación de oficio”.

DEL RÍO FERRETTI al respecto señala que “El principio acusatorio, en consecuencia, impone la necesidad de que un órgano ajeno al juez introduzca aquello que va a ser objeto de la decisión, esto es, el objeto del proceso penal, para que el juez en una posición de «terciedad» decida. Para ello se introdujo una parte artificial distinta del juez que vino a representar el interés estatal o social en la aplicación del Derecho penal, instando su aplicación a los tribunales de justicia (es el desdoblamiento del Estado en el proceso penal, que actúa, por una parte, como requirente y, por otra, como decisor). De manera tal que fue menester entregar la función de acusación pública al ministerio público o fiscal, sin perjuicio del reconocimiento del derecho de acción y acusación del acusador popular y particular, figuras que sólo existen en algunas legislaciones. Así, se consiguió que no fuera el propio juez el que introdujera al proceso el objeto de su juzgamiento, porque era esto justamente lo que comprometía radicalmente la garantía de imparcialidad del juzgador. El objeto del proceso se debía introducir al proceso por una parte (actus trium personarum)”.⁶⁰

CAMPOS CALDERÓN al respecto señala que “Una de las principales características del proceso penal acusatorio lo constituye el hecho de que las funciones de acusación y enjuiciamiento están divididas en órganos separados, siendo esencial entonces dentro de esta tesitura la idea de separación de las funciones de investigación y de enjuiciamiento por parte del juez. En el caso del juez, dentro de los rasgos que resalta su identidad están la probidad y la rectitud, mismas que sólo pueden ser alcanzadas a través de dicha separación, garantizándose de esta manera la necesaria imparcialidad”.⁶¹

MEJÍA ESCOBAR al respecto señala que “(...) puede hallarse consenso alrededor de una propuesta que considere como tal a uno que distinga claramente el órgano de indagación, investigación y acusación del encargado de juzgar⁶, y estime a este último como simple, aunque también fundamentalmente cortapisa del poder

⁶⁰ DEL RÍO FERRETTI, Carlos.- Ob. Cit, p. 76.

⁶¹ CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio. Publicado en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20garant%C3%ADa%20de%20imparcialidad%20del%20juez%20en%20el%20proceso%20penal%20acusatorio%20-%20Federico%20Campos.pdf>, p. 3.

de investigación”.⁶²

La exigencia de la incompatibilidad entre las funciones acusadoras y enjuiciadoras se fundamenta en la llamada teoría del garantismo penal, que tiene como postulado fundamental la máxima de considerar que el Derecho existe para tutelar los derechos fundamentales.⁶³

2. EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

2.1. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Uno de los grandes cambios que ha traído el proceso de reforma procesal penal viene constituido por la etapa de Investigación Preparatoria. De acuerdo a la estructura del Código Procesal Penal, la etapa de investigación dejará de estar en manos del Juez Instructor y pasará a convertirse en el objeto esencial del Ministerio Público, quedando el Juez como un garante imparcial de los derechos y garantías, que, desde esa perspectiva, controlará los actos de investigación, de ahí que se le denomine “Juez de Garantías”. El Fiscal pasa a constituirse en el titular de la acción penal y va a dirigir la investigación, para lo cual actuará bajo los principios rectores de legalidad y objetividad⁶⁴. Por otro lado, el dotar de esa importancia a la Fiscalía no significa el minimizar la labor de la defensa, por el contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas) los medios de investigación y de probanza que la ley flanquea a la fiscalía lo debe también ejercer la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentará ante el órgano jurisdiccional. Para ello, ambas partes deben entender que son adversarios, contrincantes, rivales, en el proceso penal, y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales. Si esto así ocurre, el debate que se dará en el juicio oral estará enriquecido

⁶² MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo. El Juez del Sistema Acusatorio Colombiano. Publicado en http://www.pfyaj.com/chechchi/Transformacion/El_Juez_del_sistema_penal_acusatorio_colombiano.pdf, p. 2.

⁶³ En Inglaterra y Gales existe una efectiva separación entre de las funciones investigadora y acusadora, y no sólo entre la acusadora y enjuiciadora. La función de investigación se atribuye a la Policía, y es ella la que ejercita la acción penal, aunque ésta debe ser mantenida en un momento dado del proceso por el Estado, a través del Crown Prosecution Service. Los órganos jurisdiccionales no pueden iniciar el proceso y no investigan, a pesar de que no existe una norma que obligue a tal separación entre el órgano que sigue la investigación y el órgano que finalmente juzga; sin embargo, esta separación existe, y ha sido extraída del principio general del proceso inglés, y de los Tratados internacionales asumidos por Inglaterra y Gales.

⁶⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, et al, El Código Procesal Penal, Lima: Jurista Editores, 2008, p. 651.

de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador⁶⁵.

2.1.1. FINALIDAD

En base a lo señalado por el inciso primero del Artículo 321° del NCPP⁶⁶, Podemos señalar que la investigación preparatoria persigue dos finalidades principales: preparar el juicio oral y evitar juicios innecesarios, a través de una actividad investigativa, esto es, indagando para tratar de llegar al cabal conocimiento de los hechos y de las personas que en ellos participaron, consignando todas las circunstancias tanto adversas como favorables al imputado, en el marco de los principios de legalidad y objetividad.

2.1.2. DIRECCIÓN

El inciso primero del artículo 322° del NCPP⁶⁷ señala que es el Fiscal quien dirige la investigación preparatoria. En este sentido, corresponde precisar que el rol protagónico del Ministerio Público concuerda, sin duda alguna, con la idea de un proceso contradictorio, imparcial y con igualdad de armas, acorde con lo consagrado por el inciso cuarto del Artículo 159° de la Constitución Política del Perú, que atribuye al Fiscal la conducción de la investigación desde su inicio, garantizando de esta forma una separación de funciones y la vigencia del principio acusatorio, respetuoso del debido proceso y el derecho de defensa⁶⁸.

⁶⁵ CONTRERAS GONZALES, María Elena: "Modelo Acusatorio con tendencia Adversarial en el Nuevo Código Procesal Penal", en Revista Internauta de Práctica Jurídica, N°20/ 2007, Disponible en línea [<http://www.ripj.com>]. Consultado el día 01 de septiembre del 2014).

⁶⁶ Artículo 321° NCPP. Finalidad de la Investigación Preparatoria.- 1. La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y 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 la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado».

⁶⁷ Artículo 322° NCPP. Dirección de la investigación.- 1. El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional. (...)»

⁶⁸ NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, Lima: Idemsa, 2010, p. 273.

2.1.3. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Con ellas se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito, ya sea de oficio o por la parte denunciante, tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal⁶⁹. En este orden de ideas, cabe señalar que el contenido del artículo 330° del NCPP debe ser interpretado por el Ministerio Público a la luz de la distinción elemental ente *quaestio facti* y *quaestio iuris*, siendo lo primero el objeto de la investigación y, por ende, de la prueba: los hechos “se constatan”, mientras que el delito “se imputa”.

Mediante las diligencias preliminares, el Fiscal debe procurar – en base al principio de objetividad- arribar a una base fáctica sólida y convincente a partir de la cual, una vez cumplido el plazo razonable y agotadas las diligencias, llevar a cabo el juicio de valoración de los hechos, esto es, aplicar sus conocimientos de dogmática jurídico-penal a fin de determinar si los hechos devienen en ilícitos o en atípicos, así como identificar si la intervención del investigado en los hechos configura desde el punto de vista penal una conducta atribuible a título de autor o partícipe.

2.1.4. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA PROPIAMENTE DICHA

Formalmente esta fase se inicia cuando el Fiscal emite una Disposición para seguir adelante con la investigación, después de haber obtenido indicios reveladores respecto al carácter delictuoso de los hechos investigados, así como respecto a la relevancia jurídico-penal de la intervención de los investigados. Así pues, culminadas las diligencias preliminares, el fiscal provincial asume las funciones que con el anterior código tenía el Juez instructor, dejándose de lado el auto de apertura de instrucción para dar paso a la Disposición de Formalización

⁶⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Introducción al Nuevo Proceso Penal, Lima: Idemsa, 2005, p. 43; respecto a la importancia de la diligencias preliminares, vid. Él mismo, El Nuevo Proceso Penal, Lima: IDEMSA, 2009, pp. 89-90.

de la Investigación Preparatoria.

En cuanto a la finalidad de esta etapa, está referida a la búsqueda y reunión de los elementos probatorios de convicción, de cargo y de descargo, que permitirán al Fiscal decidir si formula o no acusación para ir a juicio, ya que se trata de una investigación mucho más amplia y complementaria en relación a la anterior, debiéndose el carácter de complementaria en razón a que no está permitido que se repitan las actuaciones realizadas en la etapa preliminar, salvo que resulten imprescindible para el mayor esclarecimiento de los hechos. Por otra parte, la formalización de la investigación preparatoria produce, principalmente, dos siguientes efectos: el primero referido a la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal y, segundo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

2.2. EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El Juez de la Investigación Preparatoria es el garante del debido proceso y de la plena vigencia de los derechos fundamentales de las partes durante la investigación. Adicionalmente, de acuerdo a lo señalado por el inciso segundo del artículo 323º del NCPP, se le ha facultado conocer las incidencias que surjan en la investigación preliminar tales como: autorizar la constitución de las partes, pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos, resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; realizar los actos de prueba anticipada, así como controlar el cumplimiento del plazo de la investigación.

La función general del juez en esta etapa es, fundamentalmente, de control judicial y de garantía⁷⁰. No solo dicta o resuelve sobre medidas limitativas de derechos- así, se erige, como señala Narváez Rodríguez, en un factor moderador y se afirma como custodio de garantías constitucionales que operan en el proceso (2000: 1092) -, sino esencialmente realiza una actividad valorativa, pondera las grandes decisiones que son necesarias en la

⁷⁰ Bertolino señala que la acusación del juez de Garantías es “intermitente”, está ausente de toda tarea investigativa, pero la necesidad de afirmar el derecho a la tutela judicial continúa y efectiva, impide su exclusión de esa etapa; su quehacer, aunque por momentos pasivo, debe ser de celosa y permanente vigilancia (Díaz Cantón, 2002: 8)

investigación, en especial las vinculadas al ejercicio de la acción penal (imputación y criterios de oportunidad) y la introducción de las respectivas pretensiones penal y civil – en aquellos países en que existe una acumulación, obligatoria o facultativa, de la acción civil⁷¹ – (sobreseimiento y enjuiciamiento), valorándolas mediante la toma de sus propias resoluciones. Los juicios que realiza el juez en la investigación y en la fase intermedia están exentos de un análisis de oportunidad y eficacia de la medida o decisión requerida, solo atiende al cuadro legal y a la proporcionalidad de la resolución que se le solicita; es, pues, en palabras de Luaces Gutiérrez, un juez de los actos más que un juez del procedimiento (2005: 2).

Asimismo, el Juez de la Investigación Preparatoria asume las siguientes funciones, concretamente individualizadas:

Función de coerción: concretada, en primer lugar, en la decisión sobre medidas provisionales de las fuentes de prueba y de adquisición de la prueba, y tuitiva coercitiva⁷², y en segundo lugar, en la decisión sobre medidas instrumentales restrictivas de derechos, esto es, de aquellas actuaciones que requieren mandato judicial, orientadas predominantemente a la objeción de elementos o datos relacionados con el delito que pueden servir como prueba en el proceso, y que, por lo general, implican una limitación de ciertos derechos fundamentales de la persona (Aragoneses, 2002: 361).

El principio de jurisdiccionalidad que informa a las medidas coercitivas– exige que, cuando se trata de una profunda intromisión en los derechos fundamentales de una persona, el juez tiene la competencia exclusiva para

⁷¹ El Perú es el único país cuyo CPP se afilia a la acumulación obligatoria de las acciones penal y civil en el proceso penal (art. 11). Los demás Códigos contemplan el ejercicio facultativo de la acción civil en el proceso penal; así por ejemplo, arts. 29 (Paraguay), 41 (Bolivia, salvo cuando se trata de delitos en los que el Estado es el agraviado), 59 (Chile), 102 (Colombia), y 65 (Buenos Aires). El caso Boliviano es singular, pues la acumulación es obligatoria, a cargo del Ministerio Público, solo cuando se trata de un delito contra el Estado, art. 41.

⁷² Las medidas provisionales pueden definirse como los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del procedimiento de declaración, estas adoptan funciones cautelares, cuando persiguen garantizar la eficacia de la prueba, cuando persiguen impedir actuaciones o confabulaciones del imputado que perturben la práctica de los medios de prueba – actuaciones de aseguramiento de evidencia –; y, funciones tuitiva – coercitivas, cuando persiguen impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la incoación del procedimiento o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de enjuiciamiento (San Martín, II, 2003: 1073-1074; MALAGA, 2002: 124-147).

autorizar esas restricciones⁷³, y, sólo excepcionalmente, en casos de urgencia (peligro por la demora), el Ministerio Público y la Policía, si así lo permite la Constitución y lo autoriza la ley, puede llevarlas a cabo, con la posterioridad e inmediata intervención judicial para decidir sobre su legalidad. (Schluchter, 1996: 66).

- a) Función de garantía: se presenta en el estricto ámbito de la investigación preparatoria, y se expresa en cuatro tipos de actuaciones:
 - i) tutela de los derechos de los sujetos procesales, a propósito de la actuación del Ministerio Público ⁷⁴ ; ii) incorporación de sujetos procesales en la investigación, consolidando su acceso al procedimiento y su intervención en las actuaciones, iii) decisión acerca de medidas de protección⁷⁵; y, iv) pronunciamiento sobre la culminación de la investigación. Tal intervención, en buena cuenta, constituye el desarrollo legislativo de la función de garantía de la jurisdicción penal.
- b) Función de instrumentación o documentación, radicada en la actuación de la denominada prueba anticipada⁷⁶. La prueba anticipada, como

⁷³ ORTELLS RAMOS insiste en que la limitación de derechos fundamentales, a propósito de la aplicación del Derecho Penal, sin perjuicio de las excepciones taxativamente contempladas en el propio texto constitucional, corresponde al ámbito de la potestad jurisdiccional, que importa la actuación del Derecho respecto a situaciones jurídicas de terceros, de otros; y, si bien los supuestos de afectación de los derechos fundamentales no representan actuación del Derecho como resultado final de un proceso, se trata de elementos instrumentales necesarios para la actuación del Derecho – penal, en este caso-, de suerte que la Ley Fundamental (el Derecho internacional de los Derechos Humanos, la CADH) impone que las potestades de dirección del proceso se realice bajo la presidencia y dirección judicial, y se ejerza con arreglo a las normas de procedimiento que las leyes establezcan (1996: 51-52).

⁷⁴ El art. 71.4 del CPP de Perú establece que se vulnere la legalidad procesal durante la investigación, si los derechos del imputado – identificado en el art. 71.2 que exigen un derecho de notificarlos o ponerlos en su conocimiento – no son respetados, si se le imponen medidas limitativas indebidas o apremios ilegales, o si sus requerimientos son desestimados irrazonables (vid.: art. 337.5 CPP) puede acudir en vía de tutela al Juez de la investigación Preparatoria. ¿Es razonable este ámbito de intervención? Creo que sí: primero, porque integra la potestad jurisdiccional la protección de los derechos; y, segundo, porque la corrección de la investigación y de las medidas que durante su desarrollo se dictan, en tanto se discuten derechos y el cumplimiento de la ley, sin juicio de oportunidad alguno o desarrollo estratégico de la investigación, merece la intervención judicial, esta, por lo demás, se expresa a pedido de parte – principio de rogación -, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

⁷⁵ Las medidas de protección constituyen, apunta Moreno Catena, prestaciones que el Estado realiza a sujetos vulnerables en sede procesal, o en función al peligro que se cierne contra la integridad de un órgano de prueba – testigo, perito o coimputado -; su objeto es evitar atentados en su contra, y garantizar seguridad y tranquilidad, a fin de que puedan cumplir con sus deberes procesales o con los compromisos a los que voluntariamente se sometió (1999: 140).

⁷⁶ La incorporación de esa figura, enfatiza Sánchez Lugo, es lógica y razonable, en la medida en que exista la necesidad de preservar elementos de juicio relacionados con los hechos materia de la investigación y que pueden ser valiosos para una decisión judicial. La llegada de esta prueba al proceso penal, insiste el autor, debe estar mediada por motivos fundados en la extrema necesidad de evitar la pérdida o la alteración del medio probatorio (2005, I: 94).

excepción a la prueba plenaria, sin embargo, como aclara Gómez de Liaño, ha de observar una serie de requisitos, que a efectos metodológicos pueden sistematizar en cuatro, a saber: material, subjetivo, objetivo y formal; en primer lugar, ésta prueba ha de versar sobre hechos que, por su fugacidad – irrepetibilidad en el futuro -, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio; en segundo lugar, requiere de la inmediación de un juez, esto es, de un órgano dotado de imparcialidad e independencia; en tercer lugar, ha de garantizarse el principio de contradicción, para lo cual a la defensa ha de brindársele la posibilidad de comparecer en su ejecución; y, en cuarto lugar, el régimen de ejecución de la prueba ha de ser el mismo del juicio público y el acta que se levante debe leerse en dicho acto (2005: 457 - 459).

- c) Función ordenatoria, que tiene lugar en la etapa intermedia, en cuya virtud la dirige y dicta las decisiones relativas al sobreseimiento y enjuiciamiento del imputado⁷⁷.
- d) Función de ejecutoriedad, de hacer ejecutar lo juzgado en aquellos ordenamientos en los que no existe un juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución penal⁷⁸.
- e) La función de decisión, que se limita, en algunos casos, a los procedimientos simplificados, tales como los abreviados y las faltas⁷⁹.

⁷⁷ Es prácticamente unánime que los Códigos Latinoamericanos encargan esa función al mismo juez que conoció de las cuestiones incidentales de la etapa de investigación preparatoria. El Código colombiano, que incorpora supuestos particularmente distintos en el procedimiento respecto a los demás Códigos de nuestra región, sin embargo, estipula que la audiencia de preclusión – tendente al sobreseimiento de la causa – es de competencia de conocimiento (art. 331), al igual que la audiencia de formulación de la acusación – el juez competente para adelantar el juicio – (art. 336): esta última audiencia, denominada “audiencia preparatoria”, está vinculada a la dilucidación del ámbito probatorio del futuro juicio (arts. 356 y 362); el Juez de Control de Garantías realiza las audiencias preliminares referidas a la formulación de la imputación (art. 286), a la aplicación del principio de oportunidad (art. 327°), y a la actuación de la prueba anticipada, de medidas de protección, y de medidas limitativas en general (art. 154°).

⁷⁸ El Código de Buenos Aires y el de Paraguay contempla el juez de ejecución (arts. 25 y 43, respectivamente). El Código de Bolivia, asimismo, instituye el juez penal de ejecución penal (art. 55); y, el Código de Colombia el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (art. 38), mientras que el Código de Costa Rica crea los jueces de la ejecución de la pena y el Tribunal de Ejecución de la Pena (arts. 458, 462 y 463). Los Códigos de Chile y Perú encargan las funciones de ejecutoriedad a los Jueces de Garantías o de la Investigación Preparatoria (arts. 466 y 29.4, respectivamente).

⁷⁹ El CPP peruano, por ejemplo, la entrega en conocimiento del procedimiento de terminación anticipada (art. 468).

3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL POR EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

El legislador del Código Procesal Penal fijo dentro del proceso penal la etapa intermedia o etapa de preparación del juicio, como el ámbito para la revisión de la actuación del Ministerio Público y la decisión de formular acusación contra el procesado.

3.1. SISTEMAS DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Se conoce en el derecho comparado de tres sistemas de control de la acusación: 1º) la apertura directa del juicio; 2º) el control de la acusación; y, 3º) obligatoriedad del control de la acusación.⁸⁰

3.1.1. SISTEMA DE APERTURA DIRECTA DEL JUICIO

El presente sistema postula la apertura directa del juicio, lo que implica que la defensa carezca de facultades para pronunciarse sobre la investigación preliminar y preparatoria, lo cual es propio de los sistemas inquisitivos, como el previsto por el Código de Procedimientos Penales.

3.1.2. SISTEMA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

El sistema de control de la acusación postula que solo puede ser provocado por un acto de oposición a la apertura del juicio efectuado por la defensa, por consiguiente si el acusado no formula su oposición se pasa directamente al juicio oral, pero si formula su oposición a la acusación se procede a su control.

El presente sistema de control es adoptado por el Perú, mediante el Código Procesal Penal, Argentina, Italia, Costa Rica y Portugal.

⁸⁰ ÁLVAREZ, A. En "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio Público" en AA.VV.: "El nuevo Código Procesal penal de la Nación. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires. 1993

3.1.3. SISTEMA DE OBLIGATORIEDAD DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

El sistema que proclama la obligatoriedad del control de la acusación postula que producida la acusación el control de la misma debe darse mandatoriamente, de modo tal que el juez puede por varias razones regladas y fundadas rechazar la acusación.

El control que realiza el órgano jurisdiccional es un CONTROL DE LEGALIDAD de cómo viene cumpliéndose el EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL por parte del Ministerio Público; pues bien sabemos que el Fiscal no solo tuvo la "notitia criminal" sino que en el ejercicio de sus funciones constitucionales ha aperturado investigación preliminar y hasta preparatoria para llegar a la Acusación, en consecuencia en una sociedad democrática son necesarios no solo los controles intraórganos (por ejemplo los Fiscales Provinciales en el ejercicio de la acción penal y sus facultades investigativas son controlados por los Fiscales Adjuntos y Superiores) sino también los controles interórganos; pues si reconocemos al Ministerio Público como la única institución constitucionalmente autorizado que para llevar a un ciudadano a juicio es razonable que esa función sea controlada por un ente externo como lo es el Poder Judicial, quien debe consentir la realización de un JUICIO solo si la imputación está provista de fundamento serio como para eventualmente, provocar una condena.

3.2. RAZONAMIENTO DEL FISCAL EN LA ACUSACIÓN

El razonamiento del Fiscal dialécticamente pasa por distintas etapas, al inicio, al recibir la noticia criminal se encuentra en un estado de IMPROBABILIDAD, para salir de ésta incertidumbre ordena una INVESTIGACIÓN PRELIMINAR disponiendo diligencias urgentes o diligencias preliminares y luego de un plazo correspondiente (por ejemplo hay un plazo legal para investigar de 20 días, salvo que se produzca la detención en cuyo caso solo tendrá 24 horas y si se trata de un caso de drogas, espionaje, o terrorismo su investigación no puede pasar de los 15 días; pero podría fijar un plazo distinto atendiendo a la complejidad del caso y las circunstancias del hecho, pudiendo fijar un plazo fiscal no mayor a los 120 días

por contraste con la norma contenida en el artículo 342 del Código Procesal Penal), cumpliendo actos de investigación, puede llegar a una imputación penal, esto es, subsume los hechos con una norma determinada del ordenamiento penal sustantivo y por tanto ya se ubica en lo que es PROBABLE, y que da origen a una “causa probable” que se expresa en su Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, acá el Fiscal ya tiene a un presunto autor identificado, un delito y un bien jurídico lesionado, una víctima afectada, tiene conciencia que el hecho imputado no ha prescrito, que no hay requisitos de procedibilidad o procesabilidad y por tanto ese mismo Fiscal está convencido que el inculpado ha cometido un delito determinado y merece una condena, su razonamiento llegó a una CERTEZA POSITIVA que se expresa en la formulación de un requerimiento de acusación (y cuando su razonamiento llega a una CERTEZA NEGATIVA se expresa en la formulación de un requerimiento de Sobreseimiento; finalmente también puede ser MIXTA es decir existir Certeza Negativa y Certeza Positiva a la vez, eso se da cuando emite un requerimiento que contiene una Acusación MIXTA). De modo tal que el la ETAPA INTERMEDIA, no solo está destinada al control de la ACUSACION, sino también eventualmente al control del SOBRESEIMIENTO que pueda pedir el mismo Fiscal.

3.3. PROHIBICIÓN DE RECHAZO LIMINAR

Si bien el Fiscal en su razonamiento personal, con su Acusación llegó a la CERTEZA POSITIVA, el Juez no está en el mismo estadio mental, pues cuando el Juez de la Investigación Preparatoria recibe una ACUSACIÓN, en el cual se precisa el delito, a su autor, la pena a imponerse, la reparación civil y demás consecuencias principales o accesorias; dicho acto para el Juez es PROBABLE, sabe que está ante una “causa probable” que luego del debate y control de la Acusación puede llegar a su convencimiento que la causa permite la realización de un juicio público y que la imputación está provista de fundamento serio para probablemente generar una condena penal a un ciudadano acusado.

Sin embargo, el Juez tan pronto recibe un requerimiento de acusación también puede no estar convencido que la Acusación contenga seriamente una imputación penal o el que se le ha remitido no tiene la fundamentación

respectiva; o que en su entender hubo un procedimiento de investigación preliminar o preparatorio donde se han violado derechos fundamentales diversos (por ejemplo que no se haya declarado reo ausente o contumaz cuando un imputado no ha sido notificado adecuadamente, o que no se ha asegurado su derecho de defensa, o que no se ha invitado al imputado a criterios de oportunidad o no se le ha tomado la declaración indagatoria al indiciado) pese a ello el Juzgador no está habilitado a rechazar la acusación “ab initio” o liminarmente, pese a su condición innata de ser Juez de “garantías” (por usar la terminología del Juez chileno o colombiano)

La decisión de rechazo liminar afecta la facultad que tiene el Ministerio Público en la promoción de la acción penal, por lo que no puede aplicarse por el Juez de la Investigación Preparatoria, lo que obviamente no implica negar que tiene la facultad de control de la Acusación, pero en la forma y modo de ley, es decir, previo traslado de la Acusación y actos de contradicción de los demás sujetos procesales; y si en efecto se adolecía por todo aquello que el Juez apreció, aquella caerá por tierra, pero eso ya es responsabilidad funcional del Fiscal.

3.4. LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

3.4.1. DEFINICIÓN

La Audiencia de Control de la Acusación, que se realiza en una Audiencia Preliminar comienza con la formulación de una Acusación y termina con la resolución jurisdiccional auto de enjuiciamiento, fundamentalmente sirve específicamente para garantizar al acusado su derecho a ser oído respecto de la acusación deducida, con la posibilidad de influir en la decisión de apertura del juicio a través de solicitudes de prueba y el planteamiento de medios de defensa diversos u objeciones, inclusive puede ofrecer (y el Juez puede hacerlo de oficio) nuevos medios probatorios para aclarar en juicio los hechos materia de la acusación; o pedir se le aplique un criterio de oportunidad.

El control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, en especial en aquellos en los que el Fiscal ha actuado con cierto monopolio al formular su acusación; por tanto si la apertura de un

juicio oral ya es un reproche público de la imputación de un delito, hecho que es conocido por la publicidad de las actuaciones en el juicio oral, donde queda cuestionado la honorabilidad del ciudadano procesado, es también razonable que se le permita realizar un juicio valorativo de la acusación a la luz del órgano jurisdiccional, para hacer realidad los controles interórgano a que hemos aludido; fundamentalmente se ve la labor del abogado de la defensa, quien tiene una excelente oportunidad para ejercitar el derecho de contradicción controlando la acusación con sus objeciones, observaciones, oposiciones, pedidos de devolución, de sobreseimiento o archivo, y todo cuando pueda en contra de la imputación penal formulada.

La Investigación Preparatoria tiene por finalidad fundamental el recojo de evidencia suficiente y evidente que funde una acusación contra una persona por un hecho punible; pero de ésta investigación no se pasa al juicio oral, sino que nuestro ordenamiento procesal nuevo contempla una ETAPA que es la INTERMEDIA, cuyas finalidades ya se han mencionado y si la ACUSACIÓN pasa de ésta etapa recién se da la resolución de apertura del juicio oral. El CONTROL DE LA ACUSACIÓN conforme a nuestro Código Procesal Penal, no solo es formal (que es lo normal en la mayoría de los modelos extranjeros), sino también es sobre su propio mérito o aspecto sustantivo, vertiente que sigue al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica , con estos controles lo que se pretende es racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación. Obviamente este modelo exige que el Juez de la Investigación Preparatoria, no sea el mismo Juez del Juzgamiento, pues aquel quedó contaminado por sus apreciaciones y decisiones, situación que no podrá ocurrir para el segundo Juez que ingresa al Juzgamiento libre de toda impureza procesal; esto justifica pues que en el proceso necesariamente habrán dos jueces el de la investigación y el del fallo, distintos, pero ambos para una finalidad, un JUICIO JUSTO E IMPARCIAL.

3.4.2. FINALIDAD: PREPARACIÓN DEL JUICIO EN LA ETAPA INTERMEDIA

La etapa de preparación del juicio oral constituye la instancia en que los intervinientes toman conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que harán valer en el juicio oral y de su sustento probatorio, permitiéndoles preparar con la debida antelación la estrategia de acusación o defensa a seguir en el mismo; excepcionalmente se pueden dar salidas alternas al proceso, con la aplicación de criterios de oportunidad y poner fin al conflicto penal sin juicio previo.

La presentación del requerimiento de la Acusación es presupuesto indispensable para ingresar a la etapa INTERMEDIA, éste requisito emana del Principio Acusatorio propio de un proceso penal de partes, que condiciona la apertura del juicio a la interposición de la acusación por el órgano de persecución penal. Esto implica que el tribunal jamás puede actuar de oficio, ni siquiera cuando el delito se comete en su presencia en una audiencia, rige en su plenitud el principio “donde no hay acusador; no hay juez” (nemo iudex sine actore).

3.4.3. DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA PARA EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Presentada la Acusación al Juez de la Investigación Preparatoria, culmina y precluye la etapa de la investigación preparatoria, para dar ingreso a la siguiente etapa que es precisamente la ETAPA INTERMEDIA, que es precisamente donde se cumple el Control de la Acusación, conforme al artículo 350 del CPP debe notificar la acusación por un plazo de diez días ; con lo cual se cumple técnicamente con lo que se denomina “intimación”, deber que antes se cumplió al momento de formalizar la investigación; con tal acto se cumple con la obligación específica de informar al acusado sobre la evidencia del cargo existente en su contra para dar la posibilidad de preparar su defensa y eventualmente producir prueba de descargo; en el derecho norteamericano este deber está vinculado con el

denominado “descubrimiento” (discovery) de la prueba, que se inspira en la idea de igualdad de las partes en el proceso y en la prohibición de sorpresa o de una acusación oculta propia de los sistemas inquisitivos que si bien las acusaciones estaban a disposición de las partes, su sola lectura o su apersonamiento a los Despachos abarrotados de carga procesal impedían de hecho a que la defensa del acusado se enterada cabalmente de los extremos de la acusación, por ello en el sistema acusatorio que vivimos en los distritos donde está vigente el Código Procesal Penal, la acusación debe NOTIFICARSE y con ello se cumple con el **DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA DEL FISCAL**, evento procesal mas importante de la Audiencia de Control de la Acusación. Por consiguiente ni bien ingresa el requerimiento de Acusación al Poder Judicial debe correr su Debido Proceso, ello implica que debe notificarse la acusación al imputado y a los demás sujetos procesales como son al tercero civil, al actor civil, al agraviado o representantes de éste como son los procuradores judiciales; esto permite entender “el descubrimiento de la prueba”, es decir, la Fiscalía pone de manifiesto su Acusación en el cual presenta todos los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se presenta todos los documentos relacionados con los hechos que no requieren prueba, las pruebas anticipadas que la Fiscalía pretenda aducir al juicio oral, siempre y cuando su practica no pueda repetirse en el, la indicación completa de testigos y peritos que se presentaran al juicio oral, los dictámenes oficiales, el señalamiento de documentos, objetos u otros elementos que se hubieran incautado u otros elementos que quieran aducirse y los demás elementos favorables inclusive al acusado en poder de la Fiscalía, debe también indicarse que se invitó a la aplicación de principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y los preacuerdos y negociaciones entre imputados o acusados, y que por tanto la Fiscalía no proceden por caprichos del funcionario o conveniencias que no estén basadas en un mínimo probatorio seriamente orientado a la responsabilidad del imputado, pues siempre deberá respetarse la presunción inocencia del imputado, ya he sostenido en otros artículos que el Fiscal en el nuevo proceso penal, tiene una actitud “bifronte” pues busca pruebas para condenar o

absolver, ese actuar inclusive entiendo, le hace perder el carácter adversativo al sistema procesal peruano (Artículo 61 ordinal 2do del NCPP), sin embargo en el momento de la Acusación si bien tendrá que apoyar su teoría del caso inculpativa de responsabilidad, ello no lo exime de ofrecer la prueba que encontró en la investigación preparatoria, caso contrario no estaría actuando con objetividad, pero el sustento de esa actitud de descubrimiento es entendida concretamente en el marco y contexto del sistema acusatorio donde hay un irrestricto respeto por el "principio de igualdad de armas" y en todo caso si el Fiscal no lo presenta en su momento recibirá la observación respectiva, pues solo a partir del descubrimiento completo de la prueba, podría darse a la defensa una nueva posibilidad probatoria, en el entendido que el Fiscal no haya presentado todos los medios de prueba y se descubran nuevos elementos desconocidos hasta ese momento por la defensa. Entonces la notificación de la Acusación a los sujetos procesales permite pues que la defensa acceda al descubrimiento de cualquiera de los elementos de convicción que tenga noticias que posea la Fiscalía, esta pues, constituye una verdadera oportunidad con que cuenta la defensa para conocer el material probatorio que la Fiscalía pretende hacer valer en su contra.

3.4.4. OBJETO DE DEBATE

En principio esta audiencia es oral, y como tal no se puede permitir la presentación de escritos durante su desarrollo, es la relevancia que tiene la oralidad en el nuevo sistema de justicia criminal; acá se discute de modo oral y contradictorio los hechos y pruebas que se han propuesto es fundamental la presencia del Fiscal y del Abogado del Acusado, no necesariamente la presencia del imputado, para garantizar su derecho de defensa y lograr el Principio de Inmediación; en esta audiencia también rige el Principio de Concentración porque en ella se van a debatir todas las cuestiones e incidencias preparatorias del juicio planteadas por los intervinientes en sus escritos; finalmente en esta audiencia rige el Principio de Continuidad; por consiguiente instalada la audiencia de control de la acusación, luego de la breve exposición que hace el Fiscal, los demás sujetos procesales

acogiéndose a lo previsto por el artículo 350 del CPP tienen bastantes facultades contra la Acusación e inclusive mucho más que su fuente directa ; por consiguiente contra la Acusación se puede esgrimir casi todo, veamos uno a uno:

Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección, esto es la facultad de control formal que hace el acusado (pero también el Juez podría hacerlo de oficio), cuando exista errores o vicios; en este caso el Juez si aprecia que los defectos no requieren nuevo análisis por el Fiscal ordenará su corrección en el acto, sin suspender la audiencia ; pero si la corrección exige un nuevo análisis por parte del Fiscal suspenderá la audiencia para que se subsane dentro de quinto día, luego del cual la audiencia debe reanudarse. Que pasaría si en el plazo ya mencionado el Fiscal no subsana el error o vicio? Por aplicación de lo previsto por el artículo 144, 2do del CPP, si el Fiscal no observa su conducta al plazo concedido por el Juez, habrá responsabilidad disciplinaria, e inclusive un Juez diligencia debería comunicar al Fiscal Superior para que cambie al Fiscal irresponsable y cumpla adecuadamente con su mandato, obviamente concediendo la prórroga correspondiente. Una acusación también puede ser observada cuando no hay una correlación entre los hechos y el tipo penal con el que se acusa, en un caso concreto, se produjo un accidente de tránsito y un homicidio culposo, por el cual el Fiscal acusó por el artículo 111, segundo párrafo, cuando durante la secuela del proceso nunca se probó o debatió si hubo infracción a las reglas de tránsito, por lo que tal acusación mereció la observación, pues los hechos correspondían a una tipificación contenida en el artículo 111 primer párrafo y no en el segundo párrafo del Código Penal ; una observación curiosa que se hizo fue por ejemplo que se había acusado por el delito de usurpación, sin precisar en cual de los tipos penales se encontraba el ilícito penal cometido de cualquiera de los supuestos contenidos en el artículo 202 del Código Penal, esto generó la devolución de la Acusación al Fiscal para que lo precise con mayor análisis y evitarse sorpresas a la defensa.

Deducir excepciones y otros medios de defensa, así como

nulidades, siempre que esas no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos; en este caso este debate surgirá de los actuados que se tiene a la vista o de otros procedimientos o actuaciones pero que sustentan la excepción propuesta. El Juez de la investigación preparatoria debe resolver de inmediato las excepciones de naturaleza de juicio, improcedencia de la acción, cosa juzgada, amnistía, prescripción incompetencia, siempre que no requiera la producción de prueba para acreditarlas, en caso contrario lo más prudente sería dejar la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral — el sistema acusatorio chileno admite ésta posibilidad conforme al artículo 271, 3er párrafo del Código Procesal -, sin embargo el legislador no permite que una excepción pueda quedar para el juicio oral o que en pleno juicio oral se pueda deducir una excepción no propuesta, pensemos por ejemplo que pasaría si en el juicio oral se acredita que un acusado ya fue sentenciado y lo prueba palmariamente, acaso no se podría admitir la excepción para evitar el ne bis in idem procesal y evitar una doble persecución del cual es víctima?; y finalmente puede resolver otros medios de defensa como una cuestión previa como es la falta de autorización para proceder penalmente. En cuanto a las nulidades, si bien la Audiencia de Control de la Acusación no es el único momento para deducir las nulidades, si es un estadio importante para hacerlo, pues si se trata de nulidades relativas y no se hacen valer se corre el riesgo que queden convalidadas y luego no se puede hacer valer como argumento de defensa formal; en cuanto a las nulidades absolutas, ellas se pueden hacer valer de oficio inclusive, siempre que se han incurrido en inconductas previstas en especial en el artículo 150 del NCPP, o se hayan afectado derechos y garantías fundamentales y judiciales respectivamente.

Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada. Además se puede producir pruebas anticipadas de peritos y de testigos cuando se requiera examinar con urgencia cuando hay motivos de pensar que se va a enfermar, o ausentarse, o haya sido expuesto a violencia o amenaza u oferta para cambiar su versión; también cuando se requiera un careo entre

personas que ya han declarado siempre con el presupuesto que después puedan variar sus declaraciones y finalmente reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que por su naturaleza deban ser considerados actos definitivos e irreproducibles y que mejor que lo practique el mismo órgano jurisdiccional.

Pedir el sobreseimiento, entendiéndose esta facultad como bien amplia, pues las causales del sobreseimiento están expresadas en lo previsto por el artículo 344, ordinal 2do del CPP, esto es que el hecho de la causa no se realizó, es decir, técnicamente no hay acción u omisión que pueda sustentar un hecho punible; que el hecho no puede atribuirse al imputado, esto es que la desgracia ocurrió por la presencia de un "casus" esto es la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor eventos que son extra penales que no pueden generar responsabilidad alguna; que el hecho imputado no es típico, en sus dos modalidades tipicidad absoluta y tipicidad relativa; o exista una causa de justificación o inculpabilidad contenidas en la tabla del artículo 20 del Código Penal; o de la existencia de una causa de no punibilidad, es el caso de las excusas absolutorias (a guisa de ejemplo son los casos de hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los familiares conforme al artículo 208 del C.P.; o los casos de encubrimiento personal o real que señala el artículo 405 del C.P.); o que exista una causal de extinción de la acción penal (son los casos de muerte del imputado, de prescripción, amnistía y el derecho de gracia, cosa juzgada, extinción de la acción penal por desistimiento o transacción, conforme a lo previsto por el artículo 78 del C.P.). El sobreseimiento también puede tener un sustento cuando en el material probatorio, en efecto si ya no hay razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundamente el enjuiciamiento del imputado; en este caso es el Juez quien debe hacer una evaluación y pronóstico de juzgamiento con las pruebas que se han ofrecido, si estas no son evidentes, ni suficientes el juicio oral no tendrá éxito alguno, de igual manera si aprecia que ya a esas alturas es imposible incorporar nuevos datos no a la investigación, sino al propio juicio oral.

Instar la aplicación de un criterio de oportunidad, como la ley no distingue, puede aplicarse en nuestro concepto un principio de oportunidad, un acuerdo reparatorio o una terminación anticipada, esto porque el legislador ha optado por extender la posibilidad de un acuerdo hasta la fase intermedia, por entender que siempre resultarán más beneficioso y menos gravosas para el acusado que la realización de un juicio oral y la pena que eventualmente se imponga en la sentencia, que puede y de hecho estigmatiza al procesado; por consiguiente si se dicta el auto de apertura de juicio oral, precluye definitivamente la facultad para el planteamiento de un criterio de oportunidad. Algunos jueces aceptan también la terminación anticipada en una audiencia de control de acusación, nosotros también convenimos con tal decisión, pues si consideramos que estamos ante un proceso desformalizado y que de por medio lo que se busca es acuerdos y negociaciones entre las partes, para no llegar al juicio oral, bien se puede incoar la terminación anticipada como medida alterna válida para solucionar el conflicto de orden penal.

Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos precisando los hechos que serán materia de examen en el curso del debate, así como presentar documentos que no fueron incorporados antes o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos; en ese sentido cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estime relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, por ejemplo el Fiscal puede observar a las pruebas ofrecidas por el acusado si ellas no son conducentes; también se puede pedir la EXCLUSION DE PRUEBAS, basados por ejemplo en la impertinencia de la prueba⁸¹, la admisibilidad de prueba pertinente o relevante es una exigencia del principio de economía procesal: ningún ordenamiento jurídico admite el derroche de actividades procesales consistentes en la introducción de pruebas que a priori se presentan inútiles para la determinación de los hechos, esa impertinencia tiene

⁸¹ Es impertinente una prueba que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados, por la defensa, esto es, en que no exista ninguna relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba De: CLARIA OLMEDO, J. En: Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Buenos Aires. 1962

que ser manifiesta , por ello se exige que el Juez debe realizar un juicio de anticipación hipotético en un doble sentido: de un lado debe conjeturar que la prueba tenga un resultado positivo y que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar; en los que tienen por objeto acreditar hechos públicos (son de esta categoría los hechos generalmente conocidos, como los sucesos de la naturaleza, por ejemplo un huaico en la carretera central) y notorios (como el asesinato de personas en la Cantuta o Cayara), o aquellas fuentes probatorias que proceden de fuentes confiables y de reconocido prestigio y seriedad (por ejemplo mapas, o enciclopedia); la prueba testimonial y documental ofrecida con fines puramente dilatorios, cuando mediante ellas se pretenda acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a su conocimiento del tribunal del juicio oral en lo penal con la finalidad que se reduzca cuando ellos pretende acreditar los mismos hechos; las pruebas provenientes de actuaciones o diligencias obtenidas con la violación de garantías fundamentales, en cuyo caso en el control de acusación la prueba ofrecida es excluida y no podrá ser rendida en juicio y si por descuido para dicha prueba, se estaría ante un caso de prueba ilícita (para éste caso se requiere que la evidencia se haya conseguido con afectación de los derechos fundamentales del procesado) o prueba nula (para este caso se requiere de una resolución judicial que haya declarado nulo la actuación o diligencia con ocasión del cual se obtuvo la evidencia)

Objetar la reparación civil en cuanto a su incremento o extensión, ofreciéndose la prueba pertinente para su actuación en juicio oral; es frecuente ver que las Acusaciones no motivan nada para sostener determinado monto de la reparación civil solicitada, es pertinente en ello ofrecer la prueba adecuada a esos extremos, su ausencia permite válidamente objetar la reparación civil por ausencia de motivación y prueba de su cuantificación si estamos hablando de un sistema tradicional de daños y perjuicios, pero si hablamos de un sistema de

justicia restaurativa que aprecia al delito desde otra óptica⁸², por ejemplo como evaluamos los daños ambientales, como evaluamos los daños al patrimonio cultural e histórico de la nación, como evaluamos los daños provenientes por el uso de productos defectuosos (alimentos, medicinas y otros) o contaminaciones dolosas o culposas.

Establecer convenciones probatorias, esto es, fijar que hechos específicos que se dieron por acreditados o los medios de prueba necesario para considerarlos probados; acá hay un doble tamiz, el primero es que sin necesidad de pruebas las partes los dan por acreditados, por ejemplo en un caso de delito de daños por el incendio de cultivos de frijol, las partes estuvieron de acuerdo que se había perjudicado casi dos hectáreas de cultivo, pero no estaban de acuerdo en cuanto a la cuantía del daño resultante de la conducta; en consecuencia bajo el segundo tamiz, pueden ellos dar por aceptado la cuantía de los daños, conforme lo establezcan los peritos que ellos mismos designen uno por cada parte, éste fue un acto que facilitó arribar más fácilmente a otro criterio de justicia negociada, como fue una terminación anticipada del proceso sin llegar a juicio. Pese a la gran utilidad de las convenciones probatorias, su uso es mínimo tan mínimo que el juez no tiene por qué desvincularse fácilmente de ellos pese a que el artículo 350 ordinal 2do del NCPP le autoriza desvincularse, probablemente tal actitud de desconfianza entre los sujetos procesales es producto de un sistema de justicia inquisitiva en el cual se pretende probar todo y en todo caso, pese a tener una institución que es propio del sistema adversarial y que probablemente su uso sea más frecuente luego de su cabal conocimiento y utilidad en la solución del conflicto penal.

Plantear cualquier cuestión que tienda a preparar mejor el juicio, esto es una cláusula abierta por el cual deja en manos del buen

⁸² “El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley. Entre otras consecuencias de esta premisa deriva una tendencia a considerar el delito mas por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión subjetiva de la infracción, cuya indagación y valoración por la jurisprudencia es percibida, desde algunos enfoques teóricos, como manifestación de moralismo decimonónico o de decisionismo judicial. DE TAMARIT SUMILLA, Joseph M. y VILLACAMPA ESTARTE, Carolina. En: “Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2006. p. 322

Juzgador resolver casos no reglados, para lo cual podrá recurrir a su discreción, con conocimiento de los demás sujetos procesales. ¿Cuáles podrían ser? Por ejemplo, ¿una prueba de oficio? En ocasiones se ha dado que el Juez cuando ha ido a una audiencia de control de acusación se ha encontrado con un requerimiento de Acusación de un delito de homicidio culposo, sin la partida de defunción, existiendo solo el protocolo de necropsia, ha visto por conveniente ante la inobservancia de la defensa del acusado a considerar que debe aparejarse la partida de defunción y por saneado la Acusación, pero condicionado a su entrega, consideramos que tal proceder es válido en función a que devolver la acusación por un acto formal no justifica, tampoco reprogramar la audiencia por la ausencia de éste requisito, pues inclusive hay acuerdo tácito que la muerte ha sido tema central asumido en toda la investigación preparatoria, obviamente esto pasa por un tema elemental de descuido de algunos.

3.4.5. DECISIONES

Las decisiones que el Juez adopta en la Audiencia de Control de la Acusación son variadas, dependiendo de la etapa respectiva.

3.4.5.1. ETAPA INICIAL

El Juez de la Investigación Preparatoria, tras la recepción de la Disposición de Acusación, se encuentra prohibido del rechazo liminar del pedido fiscal; y ello debido a que aquella actuación conllevaría asumir roles no atribuidos por bajo el Sistema Acusatorio Garantista. Empero, la posibilidad de rechazo si es admisible tras el desarrollo de la Audiencia de Control, producto de las objeciones y observaciones que hagan los sujetos procesales, erigiéndose como un auténtico Juez de Garantías y rechazar la Acusación inclusive disponiendo su sobreseimiento.

3.4.5.2. ETAPA MEDIA

3.4.5.2.1. OBSERVACIÓN DE LA ACUSACIÓN

El Juez de la Investigación Preparatoria dentro de

la etapa media puede observar la Acusación, presentando un distinto tratamiento según las omisiones advertidas.

- Si las observaciones son subsanables y de ejecución inmediata, el Juez puede no devolver, confiriendo al Fiscal la posibilidad de que en la misma audiencia corrija las observaciones formuladas.
- Si las observaciones requieren de un mayor análisis, el Juez puede devolver la acusación para que se corrija, suspendiéndose la Audiencia por el término de cinco días, luego del cual se reanuda, de conformidad con el artículo 352 ordinal 2do del Código Procesal Penal.

3.4.5.2.2. ORDEN DE CORRECCIÓN

El Juez de la Investigación Preparatoria, a pedido de parte o de oficio, puede emitir la orden de corrección cuando aprecia que el requerimiento de Acusación contiene errores de cálculo (por ejemplo puede haberse solicitado reparaciones civiles por montos ínfimos, cuando lo que se pretendía eran montos mayores) o requiere de aclaraciones (por ejemplo se ha consignado indebidamente un nombre que no aparece de los actuados como procesado o el mismo nombre de cualquiera de los sujetos está mal redactado).

3.4.5.2.3. MANDATO DE DEVOLUCIÓN

El Juez de la Investigación Preparatoria, tras advertir que el requerimiento contiene vicios formales que requieren un nuevo análisis por parte del Ministerio Público, puede devolver la Acusación y suspender la audiencia por cinco días para que se corrija el defecto, luego del cual la audiencia debe reanudarse.

Ante el supuesto que el Fiscal no subsane las observaciones advertidas, el Juez de la Investigación Preparatoria dispone reanudar la Audiencia de Control de la Acusación, pudiendo decretar el sobreseimiento en presencia de defectos que hagan insostenibles la acusación.

3.4.5.2.4. DECISIONES SOBRE EL FONDO, A PEDIDO DE PARTE

El artículo 352 ordinal tercero precisa que el Juez, puede estimar cualquier excepción o medio de defensa, deducido por la parte debe dictar en la misma audiencia la resolución que corresponda, y sobre tal decisión puede haber apelaciones; los jueces vienen concediendo apelación pero lo hacen con efecto diferido, cuando no es posible hacerlo sino es en los extremos para el cual está previsto conforme al artículo 410 ordinal 1ro del NCPP con lo cual desnaturalizan el procedimiento, pues cuando el caso llega para juicio oral, lo primero que ve un juez de fallo es apreciar la apelación diferida y resolverlo, otros esperan que se debata todo el juicio oral y allí recién resuelven la apelación diferida; esto consideramos que no es correcto, pues en todos éstos casos resulta aplicable lo previsto por el artículo 9 ordinal 2. o sea formar el cuaderno de apelación y de inmediato elevarlo al Superior; pero no hacerlo como se viene actuando.

3.4.5.2.5. DECISIONES SOBRE EL FONDO DE OFICIO

El artículo 352 ordinal 4to precisa que el Juez de oficio o a pedido de parte puede dictar el SOBRESEIMIENTO cuando concurren las mismas causales que se dan conforme al artículo 344 ordinal 2do, ésta facultad acordada al juzgador realmente es bien difícil, pues bajo la égida de ésta norma los jueces proceden a sobreseer muchos casos y para ello realizan ampulosas construcciones y elucubraciones jurisdiccionales con la finalidad de sustentar el sobreseimiento, cuando la norma más bien, indica lo contrario, en efecto el ordinal 4to precisa, que si se dan las causales del sobreseimiento y “(...) siempre que

resulten evidentes”, es decir, procederá el sobreseimiento cuando sin hacer mayor esfuerzo resulta claro, diáfano y evidente que el hecho objeto de la causa no se realizó o no pueda atribuirse al imputado o concurren las demás circunstancias ya mencionadas; pero, lo más resaltante es una segunda advertencia que se hace al juzgador (la primera está contenida en el artículo 344 ordinal 2. inciso d), cuando dice “No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar”) diciendo: “...y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.”, lo que quiere decir que el Juzgador está sometido a doble control, primero que el sobreseimiento lo dictará cuando todo es EVIDENTE y en segundo lugar cuando NO HAY RAZONABLEMENTE la posibilidad de realizar actividad probatoria, de lo que se colige si no se cumplen con éstas exigencias el sobreseimiento no se puede dar; en todo caso tendrá que irse a juicio oral.

3.4.5.2.6. DECISIONES SOBRE LA ADMISIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Las pruebas ofrecidas en el nuevo sistema pasan por un riguroso sistema de admisión controlables por los sujetos procesales, pero decididos en cuanto a su admisión por el juez de control de la investigación preparatoria; en ese sentido una primera exigencia es que el sujeto procesal que ofrece la prueba debe especificar el probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso, creo de una interpretación literal no da mayores problemas; empero cuando hablamos conforme al artículo 352 ordinal 5to, literal b) del NCPP, esto es que el acto probatorio sea pertinente, conducente y útil el tema es más complejo, pues en doctrina, la pertinencia importa toda una doctrina correctamente desarrollada. Si bien en

nuestro Código en el artículo 156 ordinal 1, sostiene que las pruebas se admiten a petición del Ministerio Público y demás sujetos procesales, es el Juez quien decide su admisión y solo excluye las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. La pertinencia indica un término indefinido, que debe ser precisado. La pertinencia es condición necesaria — pero no suficiente — para la admisibilidad de cualquier tipo de evidencia, esta, ayuda al juzgador a adjudicar las controversias que tiene ante sí; se trata de evidencia que arroja luz sobre las cuestiones en controversia. CHIESA señala que la PERTINENCIA tiene dos componentes: valor probatorio y materialidad; el que ofrece una determinada evidencia pretende con ello probar algo, algún hecho o proposición. Digamos que A es la evidencia ofrecida y B es lo que pretende probar el proponente mediante A.

La noción de valor probatorio se refiere al valor inferencial de A para deducir B, lo que se quiere probar. Por otro lado, la materialidad se refiere a la relación de B con los hechos y cuestiones de derecho en controversia. Digamos que se somete a una acusación bajo el artículo 173 del Código Penal delito de violación de menores, imputándose al acusado tener relaciones sexuales con una niña de 13 años. La defensa ofrece como evidencia testimonio del acusado en términos de que la niña lo había invitado a su casa y fue ella quien se quitó la ropa y comenzó a acariciarlo. La defensa ofrece esta evidencia (A) para que el juzgador infiera el consentimiento de la niña a la relación sexual (B). Ciertamente A ayuda al juzgador a inferir B, lo que satisface el aspecto de valor probatorio de A. Pero de conformidad con el derecho sustantivo penal aplicable, no se satisface el requisito de materialidad, pues B es “inmaterial”, por cuando el consentimiento de la niña no es defensa, ni es causal

eximente de responsabilidad. El consentimiento es inconsecuente, y por lo tanto la evidencia ofrecida para establecer tal consentimiento es impertinente por inmaterial.

En el contexto del derecho americano, teniendo como referencia la Regla 18 de Evidencia de Puerto Rico se establece la definición técnica de pertinencia: "Evidencia pertinente es aquella tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe, a su vez, referirse a una cuestión en controversia o a la credibilidad de algún testigo o declarante". En Sudamérica, el Código de Procedimientos Penales de Colombia en su artículo 375 precisa que se entiende por pertinencia y dice que es: El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito". Las similitudes de ambas normas es evidente, por tanto cuando el legislador peruano introduce la terminología que el acto probatorio propuesto ha de ser "conducente y útil" no resulta técnico a la luz de la doctrina internacional, pero entendemos que lo ha hecho para facilitar a través de una interpretación literal que ese medio probatorio ofrecido debe ser conducente a probar el hecho punible y útil como fuente probatoria que acredita el hecho ya mencionado; por tanto el legislador peruano sin ser muy técnico ha sido sencillo y al alcance de cualquier operador del derecho.

3.4.5.2.7. DECISIONES SOBRE LAS CONVENCIONES PROBATORIAS

Una convención probatoria permite que los sujetos procesales proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que no serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados, de conformidad con el artículo 350 ordinal 2 del Código Procesal Penal.

A manera de verbigracia, es posible dar por establecido la muerte de una persona solo con el informe policial y su necropsia, sin ser necesario la partida de defunción, o establecer que ambos estuvieron en la escena del crimen y a la hora del hecho punible, pero no están de acuerdo quien comenzó el pleito, lo cual resulta muy interesante, pues permite realizar solo la necesaria y mínima actividad probatoria y respecto a los puntos controvertidos (como dicen los civilistas), en consecuencia la convención, el convenio o el acuerdo no solo vincula a las partes que en cierta manera son dueños del proceso, sino también que vincula y obliga al Juez; sin embargo la misma norma se ha encargado de quitarle virtualidad, cuando ésta misma norma sostiene seguidamente que el Juez, exponiendo los motivos que lo justifiquen puede desvincularse de esos acuerdos, y si no fundamenta la convención probatoria surtirá sus efectos conforme a los extremos pactados. Y es que una convención probatoria recibirá una resolución especial de solemnidad, esto es que el Juez la admita conforme lo precisa el artículo 352 ordinal 6to del NCPP, en el sentido que esa resolución inclusive no es recurrible y fija, en el auto de juzgamiento que emite el juez de la investigación preparatoria que ha controlado la acusación, los hechos específicos que se dieron por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

3.4.5.2.8. DECISIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

El Juez de la Investigación Preparatoria, no puede modificar “ex officio” las medidas cautelares dictadas y pendientes al momento del Control de la Acusación; bajo el sistema “rogado” las medidas cautelares merecen un pedido de parte, el Fiscal puede pedir que subsistan las medidas o en su caso podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda o solicitar la imposición de las medidas de coerción; con esa misma potestad del sistema “rogado” en cuanto a la variación de las medidas de coerción, el imputado con su defensor también tiene esa misma facultad, pues el artículo 350 del código ya acotado, permite la revocación de una medida de coerción, el problema en que se pueden encontrar es que si el imputado pide la variación debe tener en su haber elementos de convicción actuados en sede fiscal y con control de las partes, salvo que tenga en su haber los elementos de convicción tan contundentes como los indicados de prueba anticipada y la presentación de prueba documental para decidir cualquiera de los supuestos del artículo 350 del NCPP, entre los que se encuentra la variación de la prisión preventiva.

3.4.5.2.9. DECISIONES SOBRE LA ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El Juez de la Investigación cuando convoca a la audiencia preliminar de control de la Acusación, no puede actuar diligencias de investigación, pues su función es controlar los actos de los sujetos procesales y no es juez de actuación de medios probatorios, sin embargo el artículo 351 ordinal 1 del NCPP, permite residualmente proceder a la actuación de prueba solo en dos casos: 1º el trámite de la prueba anticipada en todos los supuestos

contenidos del artículo 242, con las formalidades correspondientes y el tiempo suficiente, puede recibir la testimonial, la declaración de un perito, un careo, reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones; es obvio que tendrá que suspender la Audiencia de control de Acusación hasta que se cumplan éstas actuaciones; y 2do igualmente puede proceder a la recepción de documentos para que ellos tengan la misma virtualidad de ser creíbles y actuados bajo control de las partes en especial cuando se han formulado Acusaciones Directas.

3.4.5.3. ETAPA FINAL

El Juez de la Investigación Preparatoria, cumplidos todos los trámites anteriores o los fundamentales en cada caso en concreto, está en la aptitud de dictar el Auto de Enjuiciamiento, el cual no es recurrible y debe contener, bajo sanción de nulidad el nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en éste último supuesto hayan podido ser identificados, de modo tal que es posible que un caso termine sin saber el nombre de un agraviado en concreto, de lo que se colige es posible condenar a alguien sin que exista el cuerpo del delito (por ejemplo se haya desaparecido a la víctima); también debe expresarse el delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias; los medios de prueba que se admitieron para su actuación en juicio oral y las convenciones probatorias.

Asimismo, el artículo 353 del Código Procesal Penal sostiene que debe expresarse a las partes constituidas, como el actor civil, el tercero civil responsable; y finalmente la orden de remisión al Juez encargado del juicio oral. Una facultad importante otorgado al Juez de la Investigación Preparatoria en la Etapa Intermedia sea de oficio o a petición de parte, se pronuncie sobre la procedencia de medidas coercitivas personales o reales, como también sobre la dictación de la

subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado.

Una interrogante salta: ¿Qué sucede si emitido el auto de enjuiciamiento, elevado la carpeta fiscal, evidencia, y objetos incautados y demás actuados al Juez de Juzgamiento, hay la necesidad de revocación o sustitución de las medidas de coerción personal, semejante pedido de parte de la defensa del imputado donde debe recurrir al Juez de la investigación o al Juez del juzgamiento? Entendemos que debe recurrir al primer juez indicado, pues éste sigue siendo competente para resolver las medidas cautelares, dado a que de esa manera se resguarda el sistema de la doble instancia, y es el Juez que ha conocido todos los detalles y circunstancias que han hecho posible la dictación de la prisión preventiva, quien mejor para revocarla o sustituirla, a pesar que físicamente los presos preventivos ya han sido puesto a disposición del segundo juez, tal como se evidencia del artículo 354 ordinal 2do del NCPP.

Finalmente, el auto de enjuiciamiento debe notificarse al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales, con la finalidad que los sujetos procesales en el termino de cinco días, procesal a su revisión, eventual solicitud de copias simples o certificadas y, en su caso instar la incorporación de alguna pieza, actas, evidencia, informes, resoluciones o su exclusión de una que no corresponda incorporar, corriéndose traslado de la misma a los demás sujetos procesales por igual plazo, conforme lo estatuye el artículo 137 del Código, norma que no es advertida por jueces, fiscales o sujetos procesales, dándose los Jueces de Juzgamiento son sorpresas desagradables sin que las partes hayan hecho algo por evitar que lo remitido vaya incompleto (por ejemplo no se han presentado evidencias fundamentales para poder ser reconocidos por los sujetos procesales, como son grabaciones, evidencia material como son armas, videos, pericias entre otros).

4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN FISCAL POR EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE DURANTE EL PERIODO 2016 – 2020

4.1. ANTECEDENTES

4.1.1. 2010

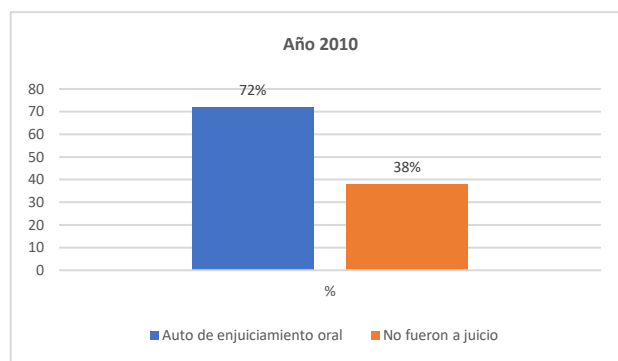
A continuación, expondremos los resultados de las audiencias de control de acusación al mes de junio del 2010.

La estadística consolidada de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque permite conocer que del 100% de requerimientos acusatorios, el 75% de los mismos pasaron el control formal y sustancial de la etapa intermedia y, por consiguiente, generaron la emisión del respectivo auto de enjuiciamiento (el 72% de forma oral; el 3%, escrito); un 10% de los requerimientos no lograron pasar el control formal y, en tal sentido, fueron devueltos al Fiscal para su respectiva subsanación en el término establecido por ley; en 9% de los requerimientos, conforme al artículo 350°, inciso e, del CPP, la defensa instó a la aplicación de un principio de oportunidad, lo que generó la emisión de la respectiva resolución que declara fundado el principio y su consecuente archivo (6% oralmente; 3% por escrito); un 6% de las audiencias de acusación fueron suspendidas; y, finalmente en un 1%, el Juez de oficio, se declaró la existencia de una cuestión previa. (Grafico N° 01)



Junio 2010
Elaboración ST-CEI-CPP
Fuente: Módulo Penal - Corte Superior de Justicia de Lambayeque

Tabla N° 01:



4.1.2. 2011

A continuación, expondremos los resultados de las audiencias de control de acusación al mes de junio del 2011.

La estadística consolidada de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque permite conocer que en junio de 2011, el 65% de audiencias tuvieron como resultado la emisión del auto de enjuiciamiento oral, pasando la causa a juzgamiento. Asimismo, en un 11%, el Juez resolvió devolver la acusación a fin de que el Fiscal corrija el defecto formal encontrado; en igual proporción se llegó a la aplicación del principio de oportunidad. Finalmente, un 3% de los requerimientos no logran pasar el control sustancial y, en tal sentido, se emite el respectivo auto de sobreseimiento de la causa, ya sea por las causales contenidas en el artículo 344°, así como del desistimiento fiscal o la aplicación de un medio técnico de defensa.

En conclusión, 7 de cada 10 requerimientos acusatorios logran pasar el control formal y sustancial de la etapa intermedia, generando la emisión del respectivo auto de enjuiciamiento de cara a juicio oral; ello determina la eficacia de la actividad persecutoria acopiada a través de la investigación preliminar y preparatoria, la misma que es saneada en esta etapa y será actuada en el juzgamiento.

Gráfico N° 02:

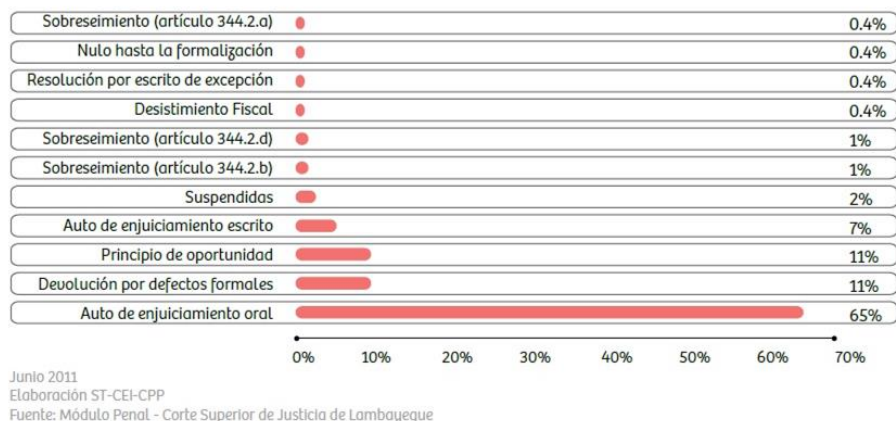
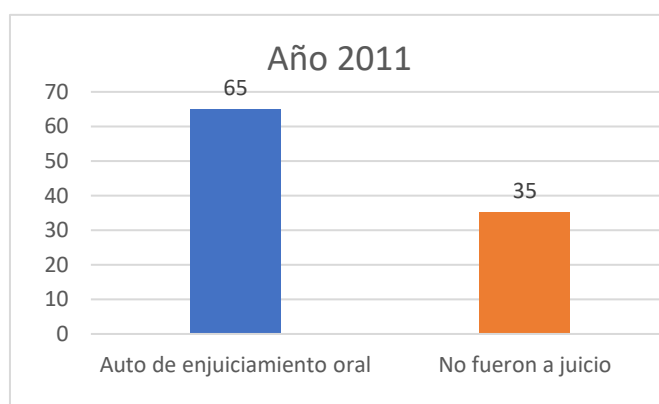


Tabla N° 02:



4.2. RELACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES CONSULTADOS

La muestra, de conformidad con el proyecto de tesis, comprende solo a los expedientes del Primer y Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Chiclayo, de cuyos archivos se pudo extraer los siguientes expedientes en los cuales se produjo una observación a la Disposición de Acusación por no cumplir con una debida imputación necesaria.

N°	N° DE EXPEDIENTE	CARPETA FISCAL
01	1279-2015	178-2014
02	9556-2016	25-2016
03	1405-2016	348-2015
04	10420-2016	227-2016
05	1115-2017	301-2017
06	332-2017	353-2016
07	4936-2017	298-2016
08	303-2017	17-2016
09	12278-2017.	630-2017

10	7858-2018	480-2017
11	979-2018	9-2018
12	7181-2018	638-2018
13	6871-2018	42-2018
14	2269-2018	161-2018
15	6783-2019	29-2019
16	5707-2019	990-2018
17	1032-2019	900-2019
18	266-2019	758-2017
19	814-2020	245-2019
20	1119-2020	533-2019
21	6810-2020	71-2020
22	511-2020	322-2019
23	1180-2021	582-2019
24		
25		
26		
27		
28		
29		
30		

4.3. RELACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES SUBSANADOS Y NO SUBSANADOS

La muestra permitió advertir expedientes judiciales en los cuales inicialmente fue efectuada la observación a la disposición de acusación por inobservancia del principio de imputación necesaria y posteriormente, por un lado procedieron a subsanar la omisión incurrida y, por otro lado, no subsanaron procediendo a formular el pedido de sobreseimiento.

A continuación, la relación de detalla de los expedientes judiciales respectivos:

ORDEN	Nº DE EXPEDIENTE	JUZGADO	ACTUACIÓN POSTERIOR
01	1279-2015	178-2014	SUBSANADO
02	9556-2016	25-2016	SUBSANADO
03	1405-2016	348-2015	SUBSANADO
04	10420-2016	227-2016	SUBSANADO
05	1115-2017	301-2017	SUBSANADO
06	332-2017	353-2016	SUBSANADO
07	4936-2017	298-2016	SUBSANADO

08	303-2017	17-2016	SUBSANADO
09	12278-2017	630-2017	SUBSANADO
10	7858-2018	480-2017	SUBSANADO
11	979-2018	9-2018	SUBSANADO
12	7181-2018	638-2018	SUBSANADO
13	6871-2018	42-2018	SUBSANADO
14	2269-2018	161-2018	SUBSANADO
15	2548-2019	668-2018	NO SUBSANADO
16	6783-2019	29-2019	SUBSANADO
17	5707-2019	990-2018	SUBSANADO
18	1032-2019	900-2019	SUBSANADO
19	266-2019	758-2017	SUBSANADO
20	12412-2019	435-2019	SUBSANADO
21	814-2020	245-2019	SUBSANADO
22	6550-2020	40-2020	NO SUBSANO
23	1119-2020	533-2019	SUBSANADO
24	6810-2020	71-2020	SUBSANADO
25	511-2020	322-2019	SUBSANADO
26	1180-2021	582-2019	SUBSANADO
27	2028-2021	668-2018	SUBSANADO
28		449-2019	SUBSANADO
29		827-2018	SUBSANADO
30		721-2019	SUBSANADO

4.4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

La revisión de la estadística consolidada y extraída del Juzgado de Investigación Preparatoria de Ferreñafe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque permite establecer las siguientes conclusiones: 30 expedientes judiciales en los cuales se ha producido observaciones a la Disposición de Acusación en la Audiencia de Control de Acusación basada en la inobservancia del principio de imputación necesaria, constituyendo aquella muestra un 100 %.

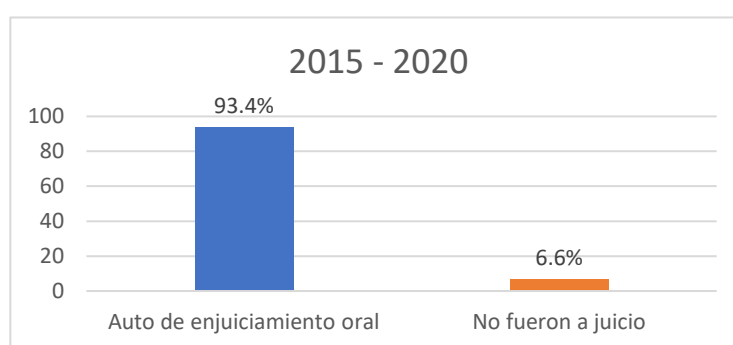
Asimismo, y de los 30 expedientes judiciales (100%), los cuales conllevaron la suspensión y subsecuente reprogramación de la Audiencia de Control de Acusación para proceder a la subsanación respectiva, 30 expedientes corrigieron la observación efectiva (100 %) y solo 2 expedientes (6.6 %) no se subsanaron, sin embargo en audiencia de control se emitió el sobreseimiento respectivo.

El porcentaje de expedientes subsanados se encuentra dentro del

promedio de años precedentes, ya consignados y correspondientes a los años 2015 y 2021; incluso se advierte un incremento a favor en comparación de años anteriores que solo ascendían a 65 % frente a un 93.4 % actual, lo que no hace sino evidenciar la consolidación de estrategias y prácticas del representante del Ministerio Público y el efectivo control de constitucionalidad a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria, veamos el siguiente gráfico:

2015 - 2020	%
Auto de enjuiciamiento oral	93.4
No fueron a juicio	6.6

Tabla N° 03:

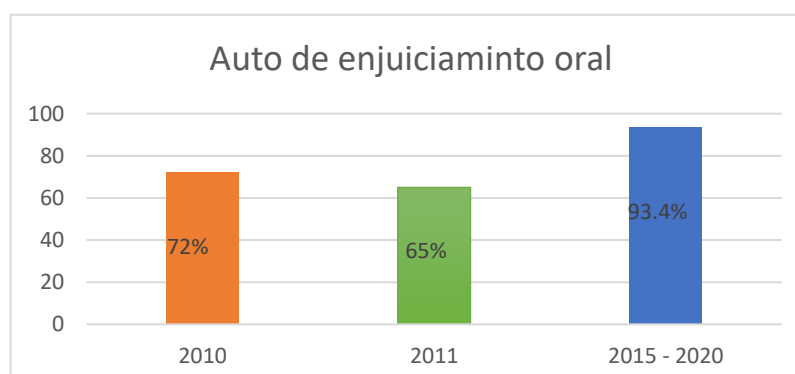


Asimismo, el porcentaje de expedientes no subsanados se encuentra igualmente dentro del rango promedio, según los antecedentes de los años 2010 y 2011; incluso advertimos un descenso del 25 % frente al 6.6 % actual.

Ilustremos los resultados obtenidos e interpretados en los siguientes gráficos:

Concepto	Año	%
Auto de enjuiciamiento oral	2010	72
Auto de enjuiciamiento oral	2011	65
Auto de enjuiciamiento oral	2015 - 2020	93.4

Tabla N° 04:



CONCLUSIONES

- Del trabajo realizado se pudo contrastar con el trabajo de campo que las observaciones formuladas en la audiencia de control de acusación realizadas por la defensa del imputado han sido declaradas fundadas, en las cuales el órgano jurisdiccional ha devuelto la carpeta fiscal al representante del ministerio público otorgando el plazo conforme a ley para que realice las subsanaciones correspondientes respecto a la imputación sea clara y concreta. Luego de subsanada las observaciones dado por el órgano jurisdiccional se ha instalado la audiencia respectiva para finalmente se emita el auto de enjuiciamiento, conforme se puede ver verificar de un 93.4% de la muestra obtenida.
- Los requisitos de la Imputación necesario son: Fácticos, Lingüísticos y normativos, conforme se ha precisado en la literatura del Capítulo II de la presente investigación.
- De acuerdo al trabajo de campo realizado en la presente investigación y corroborado con los cuadros estadísticos tenemos que un 6.6% precisan que aun cuando han sido subsanadas dichas observaciones por el representante del ministerio público en la audiencia de control de acusación no se ha podido cumplir con los requisitos o elementos de una imputación concreta.
- Los derechos que se vulneran al no realizar la imputación concreta y emitir el auto de enjuiciamiento y posterior auto de citación a juicio oral, este es el derecho de defensa por cuanto no se conocería el elemento fáctico y normativo para formular una teoría del caso por ejemplo: Si tenemos un caso de robo agravado, el representante del ministerio público no ha precisado si se ha dado violencia o grave amenaza, entonces la defensa no podría desvirtuar en juicio sino se conoce el elemento normativo y el hecho factico, por ende se vulnera el derecho a la defensa.

RECOMENDACIONES

- Recomendamos que las distintas actuaciones que realiza el representante del ministerio público para el recojo de evidencias para un hecho criminal este debe ser objetivo, desde el momento de la formalización o desde la emisión de la acusación directa tenga en claro los tres elementos que conllevan a una imputación concreta y no se genere dilaciones en el proceso con las devoluciones de carpetas fiscales por una vaga imputación.
- Respecto al 6.6% de acusaciones que no se han emitido el auto de enjuiciamiento en la audiencia de control, muchas veces se deben a que el órgano superior dispone al fiscal provincial emita acusación cuando ya el fiscal investigador tiene un criterio y estudio de autos en que no existe elementos de convicción suficientes que conlleven a una imputación concreta. Así mismo, otro factor que conlleva a que las acusaciones sean sobreesididas es por el factor mediático que muchas veces el representante del ministerio público para evitar quejas simplemente formula vagas y sea el órgano jurisdiccional emita el archivo, por tanto, el órgano superior no debe entrometerse ni el factor mediático, entendiendo que el representante del ministerio público debe ser autónomo.
- Debemos tener en cuenta que un estado constitucional de derecho o llamado hoy en día un estado convencional de derecho por los diferentes tratados de derechos humanos suscritos por el estado peruano, deben tenerse en cuenta un principio básico que es el ejercicio al derecho de defensa, lo cual no puede ser vulnerado frente a una imputación vaga debiendo el órgano jurisdicción (Juzgado de investigación preparatoria) garantizar dicho derecho.

BIBLIOGRAFÍA

DE TAMARIT SUMILLA, Joseph M. y VILLACAMPA ESTARTE, Carolina. En: "Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2006. p. 322

ALDRETE VARGAS, Adolfo. La División de Poderes y el Neoconstitucionalismo. Disponible en www.comaid.org.mx/adolfo1.doc. (Consulta: 16 de Enero de 2015)

ÁLVAREZ, A. En "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio Público" en AA.VV.: "El nuevo Código Procesal penal de la Nación. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires. 1993

ARIAS OROZCO, Norma Lucía; GUTIÉRREZ, José Oscar; OSORIO RAMÍREZ, Jorge Eliécer. La Prueba Ilícita en el Sistema Acusatorio Colombiano. Tesis para optar el Título de Abogado. Manizales – Colombia. 2007, p. 12.

ARMENTA DEU, Teresa.- Ob. Cit, p. 158.

AROCA PÉREZ, Alex. El nuevo sistema procesal penal", Santiago de Chile – Chile. 2003, p. 09

ASENCIO MELLADO, José María. Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Lima: Fondo Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. 2008, p. 12-13

BAZAN, Víctor. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/viewFile/707/669>. (Consulta: 13 de Enero de 2012)

BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 5ª ed., México: Fontamara. 1997, p. 39 – 40.

CÁCERES JULCA, Roberto. Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción. Lima: Grijley. 2008, pp. 124-125

CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio. Publicado en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20garant%C3%ADa%20de%20imparcialidad%20del%20juez%20en%20el%20proceso%20penal%20acusatorio%20-%20Federico%20Campos.pdf>, p. 3.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y teoría del derecho. Disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho/at_download/file. (Consulta: 13 de enero de 2015)

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En. "Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. AA.VV. Editor: Miguel Carbonell. Madrid: Trotta. 2007, p. 97.

CONTRERAS GONZALES, María Elena: "Modelo Acusatorio con tendencia Adversarial en el Nuevo Código Procesal Penal", en Revista Internauta de Práctica Jurídica, Nº20/ 2007, Disponible en línea [<http://www.ripj.com>]

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Apuntes sobre el nuevo Código Procesal Penal. En "Revista Actualidad Jurídica. Tomo 129. Lima: Gaceta Jurídica. 2004, p. 7.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. La reforma del sistema procesal penal en el Perú. En "Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano. Año 01. Nº 04. Lunes, 14 de junio del 2004.

BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Editorial Debate. Madrid – España. 1993

CLARIA OLMEDO, J. En: Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Buenos Aires. 1962

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, et al, El Código Procesal Penal, Lima: Jurista Editores, 2008, p. 651.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Disponible en <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Ob. Cit, p. 25.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. México D.F: Fontamara. 2001

GUERRERO PALOMARES, Salvador.- Ob. Cit, p. 91.

HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1961

MEDICI, Alejandro; Introducción al (Neo)constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo. En: www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias

MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo. El Juez del Sistema Acusatorio Colombiano. Publicado en http://www.pfyaj.com/chechchi/Transformacion/El_Juez_del_sistema_penal_acusatorio_colombiano.pdf, p. 2.

MORALES VARGAS, Alberto J. Nuevo Código de Procedimiento Penal: Redefinición y Fines del Proceso Penal. En “Implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos. Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel. www.dplf.org, p. 48 – 65.

NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, Lima: Idemsa, 2010

NEYRA FLORES, José Antonio. El Juzgamiento en el Nuevo Proceso Penal. En el Diario Oficial El Peruano. Miércoles 20 de Marzo de 2005.

NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. El movimiento del derecho libre como antecedente de las teorías (neo) constitucionalistas del derecho. Disponible en http://www.actualidadjuridica.com.ar/doctrina_viewview.php?start=5

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. El (neo) constitucionalismo: fase superior del

iusnaturalismo jurídico. Disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Jorge%20Ojeda%20Vel%C3%A1zquez.pdf>.

ORDOÑEZ, Alejandro. La ideología neoconstitucionalista y las transformaciones del derecho. Disponible en <http://www.fundacioneliasdetejada.org/consejofelipeii/Documentacion/Politicos/Transformaciones/V-463-464-P-247-254.pdf>. (consulta: 14 de enero de 2015)

ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Alternativas, 1996, p. 16.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. Panorama del proceso penal peruano. En "Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano. Año 01. N° 04. Lunes, 14 de junio del 2004, p. 4.

ORE GUARDIA, Arsenio. Panorama del proceso penal peruano", En Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004.

POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Palestra Editores. Lima – Perú. 2011, p. 25.